Digitized by Google

Decis. 40e Entscheidungen

Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Dr. Decker, Meyer und Sonnenschmidt.

65. Band.

Sechste Folge.

Fünfter Band.

Berlin,

Carl Heymann's Verlag.

1 8 7 1.

Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Dr. Decker, Meyer und Sonnenschmidt.

---

65. Band.

Sechste Folge.

Fünfter Band.

Berlin,

Carl Heymann's Verlag.

1871.

Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Dr. Decker, Meyer und Sonnenschmidt.

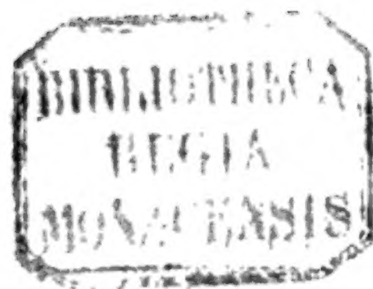
Fünfundsechszigster Band.

(Sechste Folge: Fünfter Band.)

Berlin,

Carl Heymann's Verlag.

1871.


BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Inhalts-Verzeichniß.

I. Plenarbeschlüsse.

II. Senats-Entscheidungen.

1. Allgemeines Recht.

2. Provinzialrecht.

3. Formelles Recht.

III. Präjudicien.

IV. Anhang.

№ I.

Verpflichtung des Staates zur Zahlung der Pensionen der von der Staats-Regierung angestellten örtlichen Polizei-Beamten.

Im §. 3. des Gesetzes über die Polizei-Verwaltung vom 11. März 1850. sind unter den Gehältern der von der Staats-Regierung angestellten besonderen Beamten, welche der Staat zu tragen hat, die diesen Beamten nach ihrer Versetzung in den Ruhestand zu gewährenden Pensionen begriffen. Präjudiz Nr. 2763.

Gesetz über die Polizei-Verwaltung vom 11. März 1850. §§. 2. 3. (Ges.-S. S. 265.)

Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850. §§. 58. 61. (Ges.-S. S. 228.)

Städte-Ordnung vom 19. November 1808. §§. 166. ff. §. 179. litr. e. (Ges.-S. S. 346. und 350.)

Zusammenstellung der die Städte-Ordnung erläuternden und ergänzenden Bestimmungen, nebst Allerh. Cabinets-Ordre vom 4. Juli 1832. Zusätze zu §§. 167. und 184. (Ges.-S. S. 189.)

Gesetz vom 30. Mai 1820. über die Einrichtung des Abgabenwesens. §. 10. littr. c. (Ges.-S. S. 137.)

Plenar-Beschluß des Ober-Tribunals vom 8. April 1861. Präjudiz Nr. 2715. (Entsch. Bd. 45. S. 16.)

A. L.-R. Thl. II. Tit. 8. §. 128.

Das Gesetz über die Polizei-Verwaltung, vom 11. März 1850. bestimmt:

§. 1. Absatz 1.:

Die örtliche Polizei-Verwaltung wird von den nach den Vorschriften der Gemeinde-Ordnung dazu bestimmten Beamten (Bürgermeistern, Kreis-Amtmännern, Oberschulzen) im Namen des Königs geführt, — vorbehaltlich der im §. 2. des gegenwärtigen Gesetzes vorgesehenen Ausnahme.

§. 2. In Gemeinden, wo sich eine Bezirks-Regierung, ein Land-, Stadt- oder Kreisgericht befindet, so wie in Festungen und in Gemeinden von mehr als 10,000 Einwohnern, kann die örtliche Polizei-Verwaltung durch Beschluß des Ministers des Innern besonderen Staatsbeamten übertragen werden. Auch in anderen Gemeinden kann aus dringenden Gründen dieselbe Einrichtung zeitweise eingeführt werden.

§. 3. Die Kosten der örtlichen Polizei-Verwaltung sind, mit Ausnahme der Gehälter der von der Staats-Regierung, im Falle der Anwendung des §. 2. angestellten besonderen Beamten, von der Gemeinde zu bestreiten.

Der letztgedachte Paragraph hat bereits rücksichtlich des Begriffes der besonderen Beamten zu einer Controverse Anlaß gegeben, welche durch den Plenarbeschluß vom 8. April 1861. dahin ihre Erledigung gefunden, daß in dem Falle, wenn die Staatsregierung nach dem §. 2. des Gesetzes vom 11. März 1850. die örtliche Polizei-Verwaltung in einer Gemeinde übernommen hat, unter den besonderen Beamten, deren Gehälter sie dann nach dem §. 3. zu zahlen verbunden ist, alle diejenigen Beamten zu verstehen,

welche zur Besorgung der Geschäfte der Polizei-Verwaltung erforderlich sind. (Präj. Nr. 2715.). Es handelt sich jetzt von einer zweiten, über die Frage entstandenen Controverse: Sind die Pensionen der von der Staats-Regierung, im Falle der Anwendung des §. 2. cit. angestellten besonderen Beamten, ebenso, wie die Gehälter derselben, nach dem §. 3. ibid., vom Staate zu tragen? In dem Processe der Stadt Halle wider den Fiscus hat der zweite Senat des Collegiums diese Frage verneint, (vergl. das Erkenntniß vom 14. Juni 1864., — Entsch. Band 51. S. 132. ff.), indem er annahm, daß der Staat nur die laufenden Kosten, die Gehälter für die bei der Polizei-Verwaltung thätigen Beamten während dieser Thätigkeit übernommen habe, mithin die Pensionen ausgeschlossen seien. Diese Ansicht hat der Senat auch in einem späteren Erkenntnisse in Sachen des Fiscus wider die Stadt Breslau festgehalten. In dem ersten Processe hatte die Stadt Halle auf Erstattung der von ihr gezahlten Pensionsbeträge für einen Beamten, und Uebernahme der ferneren Pension Seitens des Staates geklagt, während in dem Processe des Fiscus gegen die Stadt Breslau ersterer die Erstattung der von ihm gezahlten Pensionsbeträge verlangte und durch Erkenntniß vom 28. Januar 1868. obsiegte. Dieses Urtel des zweiten Senates geht davon aus, daß nach dem §. 21. jenes Gesetzes auf frühere Vorschriften nicht zurückgegangen werden könne, daß der §. 3. nur eine Ausnahme von der Regel, nach welcher die Kosten der örtlichen Polizei-Verwaltung von der Gemeinde zu bestreiten seien, in Bezug auf die Gehälter der von der Staats-Regierung angestellten Beamten enthalte, daß hiernach, auch nach der Auslegung des §. 3. im Plenarbeschlusse vom 8. April 1861., durch das Gesetz dem Staate nicht die Verpflichtung zur

Tragung der Pensionen für nicht mehr angestellte Beamte auferlegt sei, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Ausnahme nicht ausdehnend erklärt, und auch Pension und Gehalt nicht identificirt werden könnten; dem stände schon die Verschiedenheit des Ausdruckes und der unzweifelhaft sprachliche Sinn und dessen Bedeutung entgegen; die Gemeinden hätten die Pensionen zu bestreiten, weil sie zu den örtlichen Polizei-Verwaltungskosten gehörten, welche ihnen, nur mit Ausnahme der Gehälter, auferlegt seien. Durch die Uebernahme dieser Gehälter hätten die Gemeinden auf Kosten des Staates ohnehin einen Vortheil erlangt, und um so weniger sei, abgesehen von dem unzweifelhaften Wortverstande des §. 3., ein Grund vorhanden, das Gesetz zu Gunsten der Gemeinden auszulegen.

Auf einen der Entscheidung des fünften Senates unterbreiteten Cassations-Recurs in Sachen des Fiscus wider die Stadt Coblenz, in welchem Processe der klagende Fiscus Erstattung der von ihm gezahlten Pensionsbeträge fordert, hat dagegen dieser Senat die Verwerfung des Cassations-Recurses beschlossen, indem er den Staat auch zur Tragung der Pensionen im gedachten Falle für verpflichtet, die Gründe der Vorentscheidungen aber weder nach der wirklichen, noch nach der rationellen Auslegung, nach der Genesis, dem Zwecke und der Absicht des Gesetzes für zutreffend, vielmehr hiernach seine abweichende Ansicht für gerechtfertigt erachtete. Er hat, bei diesem unzweifelhaften Conflicte der Ansichten über die Rechtsfrage, diese in der oben erwähnten Fassung durch Beschluß zur Entscheidung des Plenums gestellt, welches, nach Anhörung des General-Staatsanwaltes, auf Grund der übereinstimmenden Anträge der Referenten, sich in der Sitzung vom 1. Mai 1871. für die neuere Ansicht des fünften Senates ausgesprochen und den oben formulirten

Grundsatz, aus nachstehenden Motiven zum Beschluß erhoben hat.

Gründe.

Der §. 3. des Gesetzes vom 11. März 1850. über die Polizei-Verwaltung erwähnt der Pensionen nicht besonders und ausdrücklich. Der über die Verpflichtung des Staates oder der Gemeinden in dem Falle, daß die örtliche Polizei-Verwaltung besonderen Staatsbeamten übertragen worden (§. 2.), zur Zahlung der Pensionen entstandene Conflict, wonach die ältere Meinung diese Verpflichtung den Gemeinden auflegt, die neuere aber dem Staate, wird durch den Plenarbeschluß vom 8. April 1861. nicht gelöset. Derselbe bezog sich auf die Streitfrage, wer unter den besonderen Beamten zu verstehen sei, deren der §. 3. Erwähnung thut und präjudicirt also der gegenwärtigen Entscheidung nicht. Darüber, daß die von der Staatsbehörde, im Falle sie die örtliche Polizei-Verwaltung gemäß §. 2. des Gesetzes besonderen Beamten übertragen, — sei es, daß sie neue Beamten anstellt, oder die bisherigen Gemeinde-Beamten beibehält, — angestellten Beamten Staatsbeamte sind, waltet kein Zweifel ob, da dies aus der Natur der Sache folgt und im §. 2. gradehin anerkannt ist. Die Staatsbehörde stellt diese Beamten an, fixirt das ihnen gebührende Gehalt, sie setzt die nicht mehr dienstfähigen Beamten in den Ruhestand, und bestimmt die ihnen zu gewährende Pension, alles ohne Mitwirkung der Gemeinden, welchen ein Recht zur Mitwirkung gesetzlich nicht gegeben ist, und gegeben sein konnte, da hierbei das Staats-Interesse allein oder vorzugsweise entscheidend ist, welches dahin geführt hat, die Autonomie der Gemeinden zu beschränken.

Die Polizei-Gewalt stand bekanntlich und wie auch in

den Gründen des oben erwähnten Plenarbeschlusses dargelegt ist, in den deutschen Stadtgemeinden und namentlich in den Preußischen, den städtischen Corporationen aus eigenem Rechte zu. Der Magistrat hatte, wie der §. 128. Thl. II. Tit. 8. des A. L.-R. sagt, als Vorsteher der Bürgerschaft vermöge seines Amtes, die Stadtpolizei auszuüben. Die Städte-Ordnung vom 19. November 1808. hat insofern dieses autonomische Recht der Gemeinden aufgehoben, als im §. 166. dem Staate vorbehalten ist, in den Städten eigene Polizeibehörden anzuordnen, oder die Ausübung der Polizei dem Magistrate zu übertragen, der sie dann aber nur als Beauftragter des Staates ausübt und in dieser Hinsicht als Staatsbehörde angesehen wird. In beiden Fällen legt der §. 167. der Städte-Ordnung von 1808. der Stadtgemeinde, da die Ortspolizei hauptsächlich für die Sicherheit und das Wohl der städtischen Einwohner thätig ist, die Kosten zur Erhaltung des nöthigen Polizei-Personales und der erforderlichen Anstalten unbedingt auf, folgerichtig auch die Pensionen der in Ruhestand versetzten Beamten. Da jedoch durch die Einrichtung besonderer staatlicher Behörden den Stadtbehörden, namentlich rücksichtlich der sächlichen Ausgaben, eine größere Last auferlegt wurde, als sie früher getragen, obwohl ihnen das autonomische Recht, die Polizeigewalt selbstständig und aus eigenem Rechte ausüben zu lassen, entzogen wurde, so änderte die spätere Gesetzgebung diese Bestimmung des §. 167. der Städte-Ordnung ab. Das Gesetz vom 30. Mai 1820. über das Abgabenwesen hob im §. 101. die Beiträge der Stadtgemeinden zur Unterhaltung der vom Staate außerhalb der Magisträte besonders angeordneten Polizeibehörden, ebenso wie zur Unterhaltung der Gerichte auf. Beide Behörden sollten jedoch im Besitze der Localien bleiben, welche sie damals inne hatten.

Diese Bestimmung ist später in der Allerh. Cabinets-Ordre vom 3. October 1821. (v. Kamptz Annalen Bd. 14. S. 110.) und in der vermittelst der Allerh. Cabinets-Ordre vom 4. Juli 1832. genehmigten Zusammenstellung der die Städte-Ordnung ergänzenden und erläuternden Bestimmungen zu den §§. 167. und 184. dieser Ordnung festgehalten, und nur dahin declarirt, daß die Unterhaltung der gedachten Behörden, namentlich ihre Besoldung und die Kosten, welche zu ihrem unmittelbaren Geschäftsbetriebe für Heizung, Erleuchtung, Büreau-Bedürfnisse und dergleichen erforderlich sind, vom Staate bestritten, alle übrigen, sowohl die allgemeinen, als die besonderen Verpflichtungen, wenn sie nicht gesetzlich abgeändert sind, oder noch abgeändert werden, von den Stadtgemeinden in der bisherigen Art erfüllt werden sollen. Die revidirte Städte-Ordnung vom 17. März 1831. so wenig, als die Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850. haben hierin Etwas geändert. Bis zur Emanation des Gesetzes vom 11. März 1850. hatte demnach der Staat in dem Falle, daß von ihm besondere Polizeibehörden in den Städten, — und von solchen handelt es sich hier überhaupt, — errichtet worden, nicht bloß die persönlichen Kosten für Besoldung der Beamten, sondern auch einen Theil der *sächlichen* Kosten der örtlichen Polizei-Verwaltung zu tragen. Durch jenes Gesetz sind den Gemeinden die sächlichen Kosten allein, und ist dem Staate nur die Verpflichtung auferlegt, im Falle des §. 2. die Gehälter der von der Staats-Regierung angestellten besonderen Beamten zu zahlen. Hiernach giebt es zwei Kategorien von Städten hinsichtlich der örtlichen Polizei-Verwaltung, nämlich:

1. solche, was die Regel bildet, in welchem dieselbe von städtischen Gemeindebeamten,

und

2. solche, wo sie von Staatsbeamten ausgeübt wird.

In den Städten der ersten Kategorie treffen die Stadtgemeinde alle persönlichen und sächlichen Ausgaben, also auch die Besoldungen, Gehälter und Pensionen der Beamten, wie sie die Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850. §. 60. ff. regulirt. In den Städten der zweiten Kategorie müssen die Städte die sächlichen Kosten allein tragen, der Staat trägt nur die persönlichen. Das Gesetz vom 11. März 1850. im §. 3. bedient sich hierfür des Ausdruckes „Gehälter". Es ist auch nicht in Abrede zu stellen, daß dies Wort in engerer und weiterer Bedeutung gebraucht werden kann und wird. Gehalt wird dem Beamten während seines Dienstes gezahlt, die Pension tritt erst von der Zeit ein, wo er in den Ruhestand versetzt wird. Beide Bezeichnungen fallen nicht zusammen. Denn, trotz der gesetzlich vielfach anerkannten inneren Verwandtschaft und Gleichartigkeit, (cfr. das Gesetz vom 24. Mai 1861., Ges.-Samml. S. 241., das Gesetz vom 11. Juli 1822., Ges.-Samml. S. 184.; und die Allerh. Cabinets-Ordre vom 14. April 1832., Ges.-Samml. S. 148.), bestehen allerdings noch mancherlei Unterschiede, so hinsichtlich der Höhe des Betrages, der Erhebungszeit und des mit Arrest und Execution angreifbaren Betrages. Allein bei Feststellung der Bedeutung des im Gesetze gebrauchten Ausdruckes „Gehälter", wenn dieser allein, und nicht, wie in der Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850. §. 60. ff., neben dem Worte „Pension" vorkommt, entscheidet nicht allein der Ausdruck selbst, vielmehr muß anderweit ermittelt werden, ob das Wort „Gehälter" im engeren oder weiteren Sinne gebraucht worden ist. Die Regel ist aber die, daß das Letztere angenommen werden muß, wenn nicht die Absicht des Gesetzgebers auf das Gegentheil gerichtet ist. Dies folgt nothwendig aus dem Begriffe des Gehaltes

und der Pension. Nach den Staatsrechtslehrern (cfr. v. Rönne, Staatsrecht II. a. §. 302.; Zachariae, Staats- und Bundesrecht Bd. 2. §. 132.; Zöpfl, Grundsätze des deutschen Staatsrechtes, §. 316.; Bluntschli, Staatsrecht II. S. 135.; Perthes, der Staatsdienst in Preußen, S. 146.) ist es unzweifelhaft, daß der angestellte Beamte auf Grund seiner Anstellung nicht blos auf die Besoldung, den Gehalt, während der Dauer des Dienstes, sondern auch, wenn er ohne sein Verschulden in den Ruhestand gesetzt wird, einen vermögensrechtlichen Anspruch auf die Pension, den Ruhegehalt, gegen den, der ihn berufen und seine Dienstleistung angenommen, erlangt hat, und geltend machen kann, sowie, daß dieser Anspruch auf den Ruhegehalt oder die Pension aus demselben Rechtstitel folgt und auf demselben Rechtsgrunde beruht, wie der auf den laufenden Gehalt. Der Anspruch liegt in dem Dienstvertrage, der zwischen dem Anstellenden und dem Angestellten eingegangen wird, mag dem Vertrage ein rein privatrechtlicher oder mit mehr Recht ein staatsrechtlicher Charakter beigelegt werden. Der Beamte hat nicht blos während des laufenden Dienstes Anspruch auf Besoldung und Gehalt, sondern, auf Grund desselben Titels, auch Anspruch auf den Ruhegehalt, auf Versorgung, auf Quiescenzgehalt oder Pension, beides in Rücksicht auf die geleisteten Dienste. Es war natürliche Folge der Nothwendigkeit, durch die Anstellung zuverlässiger und tüchtiger Beamten, welche ihre ganze Thätigkeit, ohne Möglichkeit eines besonderen Erwerbes, dem Staate widmen und ihre Kräfte verwenden, für das Wohl des Staates und der Unterthanen zu sorgen, daß entweder durch eine sehr hohe Besoldung, oder durch eine den Verhältnissen entsprechende Pension, die für den Fall der Quiescirung, wenn auch in geringerem Betrage, bestimmt wird, der standesmäßige Unterhalt für den Beamten und seine Familie ge-

sichert und so jenes Ziel erreicht werde. Die Pension oder der Ruhegehalt ist nichts anderes, als eine verschieden fixirte Quote des laufenden Gehaltes, der Besoldung. Sie gründet sich, wie diese, auf die Bestellung zum Amte und die auf Grund derselben geleisteten Dienste; hiervon geht auch die Preußische Gesetzgebung, insbesondere das Pensions-Reglement vom 30. April 1835. und das Gesetz vom 24. Mai 1861. (Ges.-Samml. S. 241) aus. Die Pension ist kein bloßes Gnadengeschenk, sondern ein, wie der Gehalt während des Dienstes, vermögensrechtlicher verfolgbarer Anspruch an den Staat. Es stehen sich daher Gehalt und Pension nicht ausschließend entgegen; was von dem Einen gilt, gilt auch von dem Anderen, wenn das Gesetz oder eine besondere Vereinbarung nicht andere Festsetzungen treffen. Spricht also ein Gesetz vom Gehalte der Beamten, so gilt im Allgemeinen dasselbe vom Ruhegehalte und es ist das Wort „Gehalt" in seiner weiteren Bedeutung aufzufassen, wenn nicht aus den Worten des Gesetzes, oder der Absicht des Gesetzgebers ein Anderes festgestellt werden kann.

Wenn nun die neuere Meinung auf das Wort „Gehälter" im §. 2. des Gesetzes vom 11. März 1850. kein entscheidendes Gewicht legt, sondern aus allgemein gültigen Rechtssätzen, der Genesis des Gesetzes und der ratio legis den Schluß zieht, daß der Ausdruck „Gehälter" den Ruhegehalt mit umfasse, so kann dem nicht entgegengesetzt werden, daß das Gesetz nicht ausdehnend oder analog angewendet werden dürfe, vielmehr fragt es sich: was ist der wahre Sinn des Gesetzes? Auch spricht für die ältere Meinung nicht das gebrauchte Wort „angestellt", da auch die in den Ruhestand versetzten Beamten angestellte Beamten genannt werden können, und weil nicht auf jenes Prädicat

der Nachdruck zu legen ist, sondern darauf, daß die Beamten von der Staats-Regierung angestellt sind. Ebensowenig ist es richtig, daß der §. 21. des Gesetzes, der alle entgegenstehenden Bestimmungen aufhebt, die Berücksichtigung der früheren Gesetze als Interpretationsmittel ausschließt. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß der Ausdruck „Gehälter" nach dem allgemeinen Sprachgebrauche die Pensionen ausschließt. Ein solcher Sprachgebrauch existirt nicht; denn, wenn auch der Ausdruck: Ruhegehalt weniger gebräuchlich sein mag, so spricht man doch ebenso von Inactivitäts-, Invaliden- und Emeritengehalt, und es kann nur aus historischen Gründen hergeleitet werden, daß die Preußische Gesetzgebung sich des Ausdruckes „Pension" statt „Ruhegehalt" bedient, da hierin ein Unterschied nicht liegt. Aus dem Wortlaute kann mithin ein Entscheidungsgrund nicht hergeleitet werden, aber auch nicht aus der Stellung der §§. 1.—3. des Gesetzes. Es ist zwar die Regel, daß die örtliche Polizei-Verwaltung nicht besonderen Staatsbeamten in den Städten anvertraut ist, aber daraus, daß die Staats-Polizeibehörden die Ausnahme bilden, folgt nicht im Entferntesten, daß dem Staate die Verpflichtung zur Tragung des Ruhegehaltes nicht auferlegt sei, sondern den Stadtgemeinden. Die Pension ist ebenso, wie der laufende Gehalt, eine persönliche, nicht sachliche Ausgabe; sie kommt dem Beamten auf Grund der geleisteten Dienste zu und hat nichts zu thun mit den sachlichen Ausgaben für das Bedürfniß des Geschäftsbetriebes und besonderer Anstalten. Daraus, daß die Stadtgemeinden die sachlichen Ausgaben im Falle des §. 2. allein tragen müssen, folgt also nicht im Mindesten, daß sie die Pensionen der Staatsbeamten zu tragen haben sollen. Daß alsdann darin eine nicht blos thatsächliche, sondern eine rechtliche Abnormität liegen würde, unterliegt keinem Bedenken, da

der die Pension zu zahlen hat, welcher den Dienstvertrag eingegangen ist, der den Beamten angestellt, und in den Ruhestand versetzt hat, in dessen Interesse die Dienste geleistet sind, nicht aber ein Dritter, dem zwar jene Dienste auch vortheilhaft sein mögen, der indessen schon die sachlichen Verwaltungskosten zu tragen hat, die durch die Einrichtung einer besonderen Staatsbehörde ohnehin vermehrt werden, der aber bei der Anstellung, Quiescirung, der Ausmessung des Gehaltes und der Pension gar nicht mitzusprechen hat. Wenn der Staatsbeamte auf den §. 3. einen Anspruch an die Gemeinde nicht zu begründen vermag, vielmehr das bestehende Pensions-Reglement bestimmt, daß die Pensionen aus der Staatscasse zu zahlen sind und Gehalt, wie Pension, auf demselben Rechtsgrunde beruhen, so ist es unmöglich, dem Gesetzgeber die Annahme einer solchen abnormen Verpflichtung der Gemeinde unterzulegen, zu geschweigen, daß sie zu willkürlicher Ueberbürdung derselben führen kann. Es ist dies um so einleuchtender, als die Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850. nur die Pensionen der Gemeindebeamten regelt und im §. 61. die Bürgermeister, welche der Staat auf Grund des §. 31. a. a. O. angestellt hat, von der Pensionsberechtigung an die Gemeinde ausschließt, obwohl dieselben nur bis zu sechs Jahren ernannt werden können, und sie nicht einmal formell für Staatsdiener erklärt werden. Aus den Worten und deren Zusammenhange ist daher nicht die ältere Auslegung des §. 3. des Gesetzes begründet, (§. 46. der Einl. zum A. L.-R.); vielmehr erscheint, da weder der gewöhnliche, noch der technische Gebrauch für die engere Bedeutung des Wortes „Gehälter" spricht und die Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850. die Absicht des Gesetzgebers zu erkennen giebt, schon hiernach die neuere Meinung begründet,

daß der §. 3. die Pensionen mit umfaßt. Hierbei mag noch erwähnt werden, daß die ältere Ansicht consequent dahin führen würde, daß auch Wartegelder und selbst solche Theile des Gehaltes, welche nach dem Pensions-Reglement nicht zur Pensionsberechtigung gezogen werden, den Städten zur Last fielen, eine Consequenz, die selbst der Fiscus bisher nicht gezogen hat, daß ferner die schon hervorgehobene Abnormität, die der älteren Ansicht entgegen zu stellen ist, noch dadurch gesteigert wird, daß die zur Zeit der Emanation des Gesetzes noch bestehenden Einzwölftel-Abzüge und Pensionsbeiträge den Stadtgemeinden nicht überwiesen sind, diese zur Staatscasse flossen, und dennoch den Gemeinden die Pensionen auferlegt sein sollen. Dafür kann auch nicht geltend gemacht werden, daß die Stadtgemeinden schon durch die Uebernahme der Gehälter einen Vortheil erlangten, da, abgesehen davon, daß die sachlichen Kosten der Verwaltung durch die Einrichtung der Königlichen Behörden vermehrt werden, die Städte durch Beschränkung ihrer Autonomie auch sonst Einbuße erleiden, daß das Gesetz von 1850. schon den früheren Zustand zu ihrem Nachtheile ändert, indem es ihnen alle sachlichen Kosten auflegt. Das leitende Princip ist offenbar vielmehr das gewesen, daß die Gemeinde die sachlichen, der Staat die persönlichen Kosten übernehmen sollte, wie das Alles schon in den Motiven des Plenarbeschlusses vom 8. April 1861. anerkannt worden ist, und wie dies auch der Billigkeit durchaus entsprach, weil eine anderweite Regelung um so schwieriger war, als das Verhältniß der dem Staate und der den einzelnen Städten entstehenden Vortheile nicht wohl festzustellen war.

Erscheint hiernach schon die neuere Meinung begründet, so ist auch nach dem nächsten unzweifelhaften Grunde des

Gesetzes, der ratio legis, anzunehmen, daß die Staats-Regierung und die bei der Gesetzgebung mitwirkenden Factoren fern davon gewesen sind, den Städten auch die Kosten der Pensionen der vom Staate angestellten Beamten aufzulegen. Es findet sich hiervon weder in dem Entwurfe des Gesetzes, noch in den Kammerverhandlungen die leiseste Spur. Allerdings glaubte man die Last des Staates erleichtern zu müssen, da er, nach der bisherigen Rechtsverfassung, nicht blos die Besoldung der Beamten zu tragen hatte, sondern auch einen Theil der sachlichen Kosten der Polizei-Verwaltung, der ihm durch das Gesetz auch wirklich abgenommen worden ist. Allein, daß auch noch eine weitere Last auf die Gemeinden abgewälzt werden sollte, ist weder im Gesetze, noch in den Verhandlungen darüber irgend angedeutet, und doch hätte dies ausgesprochen werden müssen, weil rechtlich bestehende Verhältnisse nur soweit abgeändert werden, als dies ausdrücklich bestimmt worden. Es war, um ein richtiges Maß für die Verpflichtungen des Staates und der Gemeinden zu finden, völlig zweckmäßig, die persönlichen und sachlichen Kosten der Polizei-Verwaltung zu trennen, die ersteren dem Staate für seine Beamten aufzulegen, die letzteren den Stadtgemeinden. Auf diese Weise wurde einmal den bestehenden Verhältnissen möglichst Rechnung getragen, und dann auch die Last des Staates angemessen erleichtert. Daß nun die Pensionen der Beamten zu den persönlichen Kosten gehören, ist unzweifelhaft, und es kann dem Gesetzgeber nicht die Absicht untergelegt werden, er habe sie abnormer Weise zu den sachlichen Kosten rechnen wollen. — Daß dies aber in der That nicht der Fall gewesen, ergeben die Erklärungen der Commissarien der Staatsbehörde bei Gelegenheit der Kammerverhandlungen über den Gesetzentwurf:

1. In der ersten Kammer wurde dem Vorschlage, den Staat nach dem Abgaben-Gesetze von 1820. zu verpflichten, von dem Regierungs-Commissare entgegengestellt, daß der §. 3. wohl die richtige Mitte zwischen den Interessen der Einzelnen und denen des Staates treffe. (Sten. Ber. 1849/50. S. 2324/25.)
2. In dem Abgeordnetenhause wurde der gleichfalls abgelehnte Antrag gestellt, den Gemeinden, in denen die örtliche Polizei-Verwaltung von den Gemeinde-Behörden geführt werde, einen Zuschuß aus Staatscassen zu gewähren. Es wurde von der Regierung dagegen erinnert, daß es im eigenen Interesse der Gemeinde liege, daß sich die Polizei-Verwaltung in den Händen der Gemeinde-Behörden befinde, daher überweise der Staat in der Regel die örtliche Polizei-Verwaltung, sowie ihre Kosten, der Gemeinde. Wo in ersterer Beziehung eine Ausnahme eintrete, sei sie auch in der letzteren gerechtfertigt. (Sten. Ber. 1849/50. S. 3223.)
3. In späteren Landtagsverhandlungen während des Landtages von 1855/56. haben die Commissarien der Regierung in einer Sitzung der Commission des Herrenhauses in Bezug auf den Antrag, die städtischen Kosten der örtlichen Polizei-Verwaltung zu fixiren, geäußert, das Ziel des Antrages sei, in den Städten mit Königlichen Polizei-Verwaltungen, rücksichtlich der ihnen alsdann allein verbleibenden sachlichen Kosten, die Last in eine gemessene umzuwandeln (Landtags-Verhandlungen &c. 1855.—1856. Anl. S. 118.).
4. Bei Gelegenheit der Verhandlungen über das Gesetz vom 26. März 1856., betr. die Nutzungen und Lasten aus der vorläufigen Straffestsetzung wegen Ueber-

tretungen (G.=S. S. 225.), äußert der Berichterstatter: das Gesetz vom Jahre 1850. habe angeordnet, daß die Beamten vom Staate besoldet, alle übrigen Kosten von der Gemeinde getragen würden. Der Regierungs-Commissar erklärt hierauf, das Gesetz habe die practische Folge, daß die Gemeinde nur die sogenannten sachlichen Lasten zu tragen habe, während die anderen Lasten, soweit es sich um die Besoldung der Königlichen Beamten handle, vom Staate getragen würden. (Sten. Ber. 1856. Abgeord.=H. I. S. 310.)

5. Der Commissionsbericht des Herrenhauses über jenes Gesetz vom 26. März 1856. bemerkt: die Ueberlassung der Geldbußen und Confiscate an die Städte sei eine Consequenz davon, daß sie die Kosten trügen, indem die Gemeinden nach dem Gesetze vom Jahre 1850. die sämmtlichen sächlichen Kosten der Polizei=Verwaltung zu tragen hatten. Und in einem weiteren Commissionsberichte des Herrenhauses aus derselben Sitzungs-Periode von 1856. ist die Bemerkung zweier Regierungs-Commissarien registrirt, daß den Städten, sobald ihnen eine Königliche Polizei=Verwaltung gegeben werde, dann allein die sächlichen Kosten derselben verblieben. (Sten. Ber. des Herrenh. 1856. Bd. 2. S. 73. 117.)

Die Staats=Regierung, sowie die anderen Factoren der Gesetzgebung haben also anerkannt, daß das Princip der Theilung der Kosten der Polizei=Verwaltung im Falle des §. 2 das ist, daß die Städte die sächlichen, der Staat die persönlichen, wozu unzweifelhaft auch die Pensionen gehören, treffen sollen. So hat auch die Staats=Regierung das Gesetz von 1850. practisch angewendet und ausgelegt, indem sie eine längere Reihe von Jahren seit der Emanation des Gesetzes die Pensionen der Staatsbeamten aus den

Staatscassen gezahlt hat. Sie hat ganz offenbar den Städten nicht Vorschüsse auf unbestimmte Zeit leisten wollen und hat erst seit dem Jahre 1865. die gezahlten Pensionsbeiträge von den Städten Halle und Coblenz zurückgefordert. Die Motive des Plenarbeschlusses vom 8. April 1861. haben ebenso ausgesprochen, daß die sächlichen Kosten den Stadtgemeinden, die persönlichen dem Staate zur Last fallen und zugleich betont, daß durch die Auflage der ersteren den Städten durch die Einrichtung Königlicher Polizeibehörden nicht bloß Mehrkosten für die sächlichen Bedürfnisse erwachsen sind, sondern daß sie auch anderweite Einbußen, insbesondere an der Auctorität der Gemeindebehörden, erlitten haben. Diese zutreffende Bemerkung gilt um so mehr hier, wo es sich nicht von der Begrenzung des Personales an sich, wie im Falle des Plenarbeschlusses, sondern darum handelt, ob der Ruhegehalt, wie der laufende Gehalt, vom Staate zu tragen ist; was bei der Gleichartigkeit beider, demselben Rechtsgrunde, auf dem sie beruhen, entschieden angenommen werden muß, weil das Gesetz nicht etwas Anderes festsetzt.

Nach der neueren Ansicht schließt sich das Gesetz vom 11. März 1850. dem bis dahin geltenden Rechte möglichst an, und werden Anomalien, Inconsequenzen und Härten vermieden. Sie steht in Uebereinstimmung mit der Gemeinde-Ordnung von demselben Tage und wird durch die Genesis des Gesetzes, die ratio legis, und die ausgesprochenen Erklärungen der Staatsbehörde, welche letztere auch thatsächlich davon längere Zeit ausgegangen ist, daß das Gesetz unter Gehältern auch Pensionen versteht, gerechtfertigt, während der Ausdruck „Gehälter" ihr keinesweges entgegensteht. Es hat aus allen diesen Gründen die ältere Ansicht nicht festgehalten werden können, deren Motive, wie gezeigt, nicht zutreffend erscheinen.

№ 1.

Civile Zeitrechnung in Bezug auf Armenpflege.

Hat derjenige Arme, welcher an einem Orte am 1. October neu angezogen, und am 30. September des folgenden Jahres von jenem Orte wieder abgezogen ist, dort seinen Wohnsitz Ein Jahr lang fortgesetzt, und ist mithin für den Ortsarmenverband daselbst die Verpflichtung zur Fürsorge für ihn entstanden?

Gesetz zur Ergänzung der Gesetze vom 31. Dezember 1842. über die Verpflichtung zur Armenpflege und die Aufnahme neu anziehender Personen, vom 21. Mai 1855. Art. 1. (Ges.=S. 1855. S. 312.)
A. L.=R. Thl. I. Tit. 3. §§. 45.—47.

In der Sache des Armenverbandes zu Groß=Blaustein wider den Armenverband zu Wickerau hat das Kreisgericht zu Rössel in seinem Erkenntnisse vom 24. März 1870. die in der Ueberschrift aufgeworfene Frage verneint, das ostpreußische Tribunal zu Königsberg dagegen in seinem Urtel vom 1. November 1870. bejaht. Der erste Senat des Ober=Tribunals hat jedoch am 21. April 1871. das Appellations-Erkenntniß vernichtet und das erste Urtel bestätigt und zwar aus folgenden, zugleich das Sachverhältniß, soweit es hier in Betracht kommt, ergebenden

Gründen.

In Uebereinstimmung mit dem ersten Richter sieht der Appellations=Richter durch die Aussagen der abgehörten Zeugen für erwiesen an: daß der Instmann F. in Groß=

Blaustein am 1. October 1866., — ungewiß um welche Tageszeit, — mit seiner Familie angezogen und am 30. September 1867 — Morgens oder gegen Mittag — wieder abgezogen ist. Hieraus folgert das Kreisgericht zu Rössel, daß F. in der That ein volles Jahr in Groß-Blaustein nicht gewohnt, und mithin dort, gemäß Art. 1. des Ergänzungsgesetzes vom 21. Mai 1855., noch keinen Unterstützungswohnsitz erworben habe. Es hat daher, dem Klageantrage entsprechend, erkannt:

daß, unter Aufhebung des Resolutes der Regierung zu Königsberg vom 1. December 1868., nicht das Dominium Groß-Blaustein, sondern der Armenverband Wickerau schuldig, die Fürsorge für die Wittwe und für die minderjährigen Kinder des im Februar 1868. in Alt-Rosenthal verstorbenen Instmannes Johann F., so lange diese Fürsorge von der Verwaltungsbehörde für nöthig erachtet wird, zu übernehmen, und demgemäß auch das Dominium, resp. der Armenverband Groß-Blaustein von der demselben in dem gedachten Resolute auferlegten Verpflichtung: der Gutsherrschaft Alt-Rosenthal die von derselben im Wege der öffentlichen Armenpflege bereits vorschußweise hergegebenen Kosten zu erstatten, zu befreien.

Das ostpreußische Tribunal zu Königsberg dagegen glaubte, indem es ausführte: „Es könne sich mit Rücksicht auf den Art. 1. des Gesetzes vom 21. Mai 1855. nur fragen: ob der F. dadurch, daß er vom 1. October 1866. bis 30. September 1867. in Groß-Blaustein gewohnt, den Wohnsitz daselbst ein Jahr lang fortgesetzt habe?" diese Frage bejahen zu müssen. Denn bei der Berechnung des Jahres komme der §. 46. Thl. I. Tit. 3. des A. L.-R. zur Anwendung, wonach ein Recht, dessen Erwerbung an

einen gewissen Tag gebunden sei, für erworben erachtet werde, sobald der Tag angefangen sei; der F. habe daher mit dem Anfange des 30. September 1867. gegen den klagenden Armenverband das Recht auf Fürsorge erworben, und erscheine also der Anspruch des Klägers begründet." — Hiergegen kämpft Implorant mit dem Vorwurfe an: „Bei der Eingangs gedachten thatsächlichen Feststellung des Appellations-Richters könne nicht angenommen werden, daß die Verpflichtung zur Armenpflege bezüglich des F. und dessen Familie für den Armenverband Blaustein entstanden sei. Der Appellations-Richter, welcher solches gleichwohl annehme, verletze den §. 46. Thl. I. Tit. 3. des A. L.-R. durch unrichtige, und den Art. 1. des Ergänzungsgesetzes vom 21. Mai 1855. durch unrichtige, resp. Nichtanwendung." Und diese Rüge erscheint auch im Wesentlichen begründet.

Die Fürsorge für einen Armen hat diejenige Gemeinde zu übernehmen, in welcher derselbe:

unter Beobachtung der Vorschriften des Gesetzes vom 31. December 1842. über die Aufnahme neuanziehender Personen, einen Wohnsitz erworben hat. — Armenpflege-Gesetz vom 31. December 1842., §. 1.

Diese Vorschrift ist durch den Art. 1. des Ergänzungs-Gesetzes vom 21. Mai 1855. dahin modificirt:

„Die Verpflichtung des Ortsarmenverbandes zur Fürsorge für einen Armen (der Unterstützungswohnsitz) entsteht in denjenigen Fällen, in welchen sie nach §. 1. Nr. 2. des Gesetzes über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. December 1842. durch Erwerbung des Wohnsitzes begründet werden soll, fortan nicht mehr sogleich mit dieser Erwerbung, sondern erst dann, wenn der Neuanziehende den erworbenen Wohnsitz Ein Jahr lang fortgesetzt hat."

Mit Recht macht der Appellations-Richter daher die Entscheidung der Sache von der Beantwortung der Frage abhängig: ob der F. dadurch, daß er vom 1. October 1866. bis zum 30. September 1867. in Blaustein gewohnt, den Wohnsitz daselbst Ein Jahr lang fortgesetzt habe? Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß jene Vorschrift auch auf Gutsherrschaften Anwendung findet, (Armenpflege-Gesetz vom 31. December 1842., §. 5. — Entsch. Bd. 38. S. 302.) und der zur Erwerbung eines Unterstützungswohnsitzes nach dem §. 1. Nr. 2. ebend. sonst allerdings erforderlichen besonderen Meldung des Neuanziehenden bei der Polizeiobrigkeit des Ortes bedarf es da nicht, wo, wie hier, der Appellations-Richter unangefochten voraussetzt, der Gutsherr, der den Neuanziehenden selbst mit Wohnung versieht, zugleich die Polizeiobrigkeit ist. — Der Appellations-Richter irrt aber in der rechtlichen Beurtheilung, wenn er vermeint: die obige Frage sei, unter Berücksichtigung des §. 46. Thl. I. Tit. 3. des A. L.-R., zu bejahen, und daraus weiter folgert: der F. habe daher mit dem Anfange des 30. September 1867. gegen den klagenden Armenverband das Recht auf Fürsorge erworben. — Der Instmann D. und der Knecht Dr. bekunden übereinstimmend: daß sie am 1. October 1866., einem Montage, mit Blausteiner gutsherrlichem Fuhrwerke den Knecht F. und dessen Familie aus Wickerau ab-, und nach Groß-Blaustein herübergeholt hätten. F. ist daher, was auch der Appellations-Richter durch den eingeschalteten Zwischensatz: „ungewiß, um welche Tageszeit" andeutet, erst im Laufe des 1. October 1866. mit seiner Familie in Groß-Blaustein angezogen. — Müßte nun bei der Abmessung des Jahres, während dessen der erworbene Wohnsitz nach dem allegirten Art. 1. fortgesetzt sein muß, mit mathematischer Genauigkeit — a momento ad momentum — gerechnet

werden, so würde das nöthige Jahr erst im Laufe des 1. October 1867. vollendet sein, also erst mit diesem Augenblicke der F. den Unterstützungswohnsitz in Groß-Blaustein erworben haben. (Am 1. October 1867. ist der F. aber gar nicht mehr in Groß-Blaustein gewesen, vielmehr steht fest, daß er bereits am 30. September 1867. von dort ab nach Alt-Rosenthal verzogen ist.) — Die fast unüberwindlichen Schwierigkeiten, die es in den allermeisten Fällen haben mußte, mit einer mathematischen Genauigkeit den Endpunkt einer, Rechte und Verbindlichkeiten bedingenden, längeren Frist zu ermitteln und festzustellen, weil selbst bei einer sorgfältigen Geschäftsführung zwar der Tag, an welchem ein Geschäft vorgenommen wird, genau angemerkt zu werden pflegt, dagegen die Tageszeit unbemerkt bleibt, — v. Savigny's System Bd. 4. S. 345. — führten schon im Römischen Rechte zu der sogenannten civilen Computation, hinsichtlich welcher es heißt in: l. 6. D. de usurpat. (41. 3.) In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus; und in l. 134. D. de verbor. signif. (50. 16.) — quia annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus; es soll also nicht auf die kleineren Zeittheile des einzelnen Tages, nicht auch noch auf Stunden und Minuten geachtet werden; dies wäre — wie v. Savigny a. a. O. S. 355. es nennt — das Zusammenfallen des juristischen Endpunktes mit dem mathematischen. Der Gegensatz davon wird mit den Worten bezeichnet: totum postremum diem computare, oder: ad dies annum numerare. Bei dieser Berechnung, ad dies, oder der Civilcomputation, macht es nun wieder einen Unterschied, ob der letzte Tag, in welchen der Schlußpunkt hineinfällt, nur angefangen oder schon vollendet sein muß: an dies ultimus coeptus habeatur pro completo? oder: an

novissimus totus dies compleri debeat? — (v. Holzschuher, Theorie und Casuistik, Bd. I. S. 396.); — und zur Erledigung dieser Zweifel stellt v. Savigny a. a. O. S. 351. 410. bis 413. folgende Regeln auf: „Wer durch den Ablauf eines Zeitraumes ein Recht erwirbt, kann dieses in Anspruch nehmen schon von dem Anfange des letzten Kalenderjahres an. Wer aber durch Unthätigkeit, nach dem Ablaufe eines bestimmten Zeitraumes, ein Recht verlieren soll, kann noch am ganzen letzten Kalendertage handeln, so daß der Verlust erst mit dem Ablaufe dieses Tages eintritt.“

An diese, für das Römische Recht im Wege gründlicher wissenschaftlicher Forschung gewonnenen, Regeln schließt sich das Allgemeine Landrecht sehr genau an. Nachdem der §. 45. Thl. I. Tit. 3. des A. L.=R., — gleichfalls in völliger Uebereinstimmung mit der l. 8. D. de feriis etc. (2. 12.) welche lautet: More Romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur; — bestimmt hat:

Bei gesetzlichen Zeitbestimmungen wird der Tag von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet.

schreiben die folgenden Paragraphen weiter vor:

§. 46. Ist die Erwerbung eines Rechtes an einen gewissen Tag gebunden, so wird dasselbe, sobald der Tag angefangen ist, für erworben geachtet.

§. 47. Soll aber eine Pflicht an einem bestimmten Tage geleistet werden, so kommt dem Verpflichteten der ganze Tag zu statten.

Der Implorant meint nun: der von dem Appellations-Richter zur Anwendung gebrachte und seiner Berechnung zum Grunde gelegte §. 46. l. c. passe auf das hier vorliegende Verhältniß überhaupt nicht, weil von einer an einen gewissen Tag gebundenen Erwerbung eines Rech-

tes nicht die Rede sei. — Es mag dahin gestellt bleiben, ob schon dieser Vorwurf für gerechtfertigt anzusehen, wie solches in dem diesseitigen Erkenntnisse vom 6. Mai 1870. (Striethorst's Archiv Bd. 78. S. 217.) allerdings angenommen ist; — denn, wenn man auch mit dem Appellations-Richter bei der Berechnung des im Art. 1. des Ergänzungs-Gesetzes vom 21. Mai 1855. erwähnten Jahres den Grundsatz des §. 46.: dies coeptus pro completo habetur zur Anwendung bringen will, so kann dennoch die Vorschrift dieses Gesetzes die von dem Appellations-Richter daraus hergeleitete Folgerung: F. habe daher mit dem Anfange des 30. September 1867. gegen den klagenden Armenverband das Recht auf Fürsorge erworben, — und dessen gerade darauf basirte abweisende Entscheidung niemals rechtfertigen. Unzweifelhaft und, nach der eigenen Feststellung des Appellations-Richters, ist der F. erst im Laufe des 1. October 1866. in Groß-Blaustein angezogen; der Endpunkt desjenigen Jahres, während welches derselbe dort den erworbenen Wohnsitz hätte fortsetzen müssen, um, der Gutsherrschaft in Blaustein gegenüber, einen Unterstützungswohnsitz zu gewinnen, würde daher immer erst in den 1. October 1867. gefallen sein, und es hätte sich daher doch nur fragen können, ob zu dem Ende jedenfalls der Eintritt, der Anfang dieses Kalendertages: des 1. October 1867., genügte, gleichviel, ob der F. thatsächlich vielleicht erst zu einer weit späteren Tagesstunde am 1. October 1866. in Blaustein angezogen war, oder ob er den Unterstützungs-Wohnsitz nur erst mit der Vollendung des 1. October 1867. erlangte. Dieser Zweifel kann hier aber unerörtert bleiben, da für den vorliegenden Fall feststeht, daß F. bereits am 30. September 1867. von Blaustein ab- und in Alt-Rosenthal angezogen

ist, sich mithin auch nicht einmal beim Eintritte des genannten letzten Kalendertages noch in Blaustein aufgehalten hat. Zu weit geht der Appellations-Richter, wenn er — wie er augenscheinlich thut — Behufs Vollendung des erforderlichen Jahres bei seiner Berechnung einer Seits den ganzen Anzugstag: den 1. October 1866. und anderer Seits auch den ganzen Abzugstag: den 30. September 1867. in Betracht zieht, und so zu der fingirten, der Wirklichkeit widersprechenden Annahme, gelangt: F. habe 365. Tage in Groß-Blaustein gewohnt; wogegen die Nichtigkeits-Beschwerde mit Recht erinnert: F. habe möglicherweise dort nicht einmal volle 364. Tage gewohnt, nämlich: wenn er — was nach der Lage der Sache sogar höchst wahrscheinlich ist — am 1. October 1866. in Blaustein mit dem ihn und seine Familie von Wickerau dorthin abholenden Fuhrwerke zu einer späteren Tageszeit eingetroffen, als er am 30. September 1867. von dort wieder nach Alt-Rosenthal abgezogen ist. Zu einer solchen Fiction, auch hinsichtlich des Anfangspunktes einer längeren gesetzlichen Frist, berechtigt weder der Grund und Zweck der Civilcomputation, noch viel weniger aber der allegirte §. 46. Der Appellations-Richter ist damit in den Fehler verfallen, vor dem von Savigny a. a. O. S. 370. ff. und 379. ausdrücklich warnt. Der Verklagte hat eingewandt: F. habe sich bei dem Kläger auf das landübliche Dienstjahr von Michaelis 1866./67. vermiethet und es kann an der Richtigkeit dieser Behauptung nach den obwaltenden Verhältnissen kaum gezweifelt werden. Freilich kann bei der Beantwortung der hier zu entscheidenden Frage: ob der F. den durch den Anzug nach Groß-Blaustein erworbenen Wohnsitz dort ein Jahr lang fortgesetzt hat? jenes Miethsverhältniß allein nicht maßgebend sein; es mag indessen nicht verkannt wer-

den, daß es den gewöhnlichen Lebensverhältnissen und den Anschauungen und Auffassungen des nicht juristischen Publikums wenig entspricht, wenn der so lange fortgesetzte Dienstcontract dennoch nicht für ausreichend erachtet werden und die Erwerbung oder Nichterwerbung eines Unterstützungswohnsitzes von dergleichen Zufälligkeiten, insbesondere davon abhängen sollte, ob der eigentliche gesetzliche Umzugstag vielleicht auf einen Sonn- oder Festtag gefallen ist. Im vorliegenden Falle traf der Tag nach dem Michaelistage: der 30. September 1866., auf einen Sonntag, und im Jahre 1867. fiel der Michaelistag selbst auf einen Sonntag; der An- und Abzug des F. erfolgte daher erst an dem darauf folgenden Montage: dem 1. October 1866. und dem 30. September 1867. Offenbar ist es auch eine solche Erwägung gewesen, welche die Regierung zu Königsberg bestimmt hat, in ihrem Resolute vom 1. Dezember 1868. schlechtweg anzunehmen: „der F. habe innerhalb des Gutsbezirkes Blaustein in einer von der Gutsherrschaft eingeräumt erhaltenen Wohnung im Sinne des Art. 1. des Ergänzungs-Gesetzes vom 21. Mai 1855. ein Jahr hindurch, und zwar von Michaelis 1866 bis Michaelis 1867. gewohnt.“ — Eine thatsächliche Feststellung, gegen welche die Klage allerdings mit Recht erinnert, sie stände mit den erfolgten Ermittelungen geradezu im Widerspruche.

Hat der Appellations-Richter hiernach, — wie die Nichtigkeits-Beschwerde mit Recht rügt, — den §. 46. Thl. I. Tit. 3. des A. L.-R. und den Art. 1. des Ergänzungs-Gesetzes vom 21. Mai 1855. unrichtig gedeutet, so muß sein, allein hierauf beruhendes Urtel, gemäß §. 4. Nr. 1. und §. 17. der Verordnung vom 14. December 1833. vernichtet werden.

Für die alsdann eintretende freie Beurtheilung des ganzen Sach- und Rechtsverhältnisses ergiebt sich aus dem Vorstehenden zugleich, — da die Aussagen der abgehörten Zeugen allerdings keinen begründeten Zweifel dagegen aufkommen lassen, — daß F. in Groß-Blaustein erst am 1. October 1866. angezogen, aber bereits am 30. September 1867. von dort wieder abgezogen ist, daß er dort kein volles Jahr gewohnt, also, in Gemäßheit des Art. 1. a. a. O., kein Hülfsdomicil erworben hat, die Verpflichtung zur Fürsorge für ihn, jetzt dessen Familie, vielmehr, nach wie vor, der Gutsherrschaft von Wickerau verblieben und dem entsprechend das erste Erkenntniß zu bestätigen ist. — Freilich hat der Appellant im Audienz-Termine zweiter Instanz noch behauptet: daß F. am 28. September 1866. in Wickerau abgerechnet habe, dann am 29. nach Blaustein gegangen sei, dort eine Wohnung angewiesen erhalten und in derselben von da ab wohnen geblieben sei; am 30. September habe er lediglich seine Frau und seine Sachen nachholen lassen. Diese Behauptung würde an sich zwar erheblich sein, sie ist aber so, wie sie aufgestellt worden und gerade in ihren wesentlichsten Punkten, eine durchaus neue, auf welche, als verspätet, nunmehr keine Rücksicht genommen werden darf.

Nachschrift.

Unzuträglichkeiten, wie sie in dem gegenwärtigen Falle ziemlich schroff hervorgetreten sind, haben den Gesetzgeber bewogen, in dem neuen Gesetze über den Unterstützungswohnsitz, vom 6. Juni 1870., durch den dritten Absatz des §. 11., dahin lautend:

Wo für ländliches oder städtisches Gesinde, Arbeitsleute u. s. w. der Wechsel des Wohnortes zu bestimmten, durch Gesetz oder ortsübliches Herkommen festgesetzten

Terminen stattfindet, gilt der übliche Umzugstermin als Anfang des Aufenthaltes, sofern nicht zwischen diesem Termine und dem Tage, an welchem der Aufenthalt wirklich beginnt, ein mehr als siebentägiger Zeitraum gelegen hat. (Bundes-Ges.-Blatt des Nordd. B. 1870. S. 362.)

eine geeignete Abhülfe zu gewähren.

Dieser Satz befand sich schon im §. 8. des von dem Bundes-Präsidium vorgelegten Entwurfes vor, und wird in den, dem letzteren beigefügten Motiven — S. 20. — durch nachstehende Erwägung gerechtfertigt. „Bei den überaus zahlreichen Streitigkeiten über die Armenpflege, welche gerade durch die dienende und arbeitende Classe verursacht werden, dreht sich die Entscheidung häufig ausschließlich um die Frage: an welchem Tage der Aufenthalt innerhalb des einen oder anderen Armenverbandes begonnen ist; und diese Entscheidung wird in vielen Fällen dadurch außerordentlich erschwert, daß der thatsächliche Beginn des Aufenthaltes nicht mit dem regelmäßigen Termine zusammenfällt, sondern aus irgend einem zufälligen, namentlich in ländlichen Verhältnissen leicht sich ereignenden, Umstande sich um einige Tage verfrüht oder verzögert. Den oft sehr complicirten Beweis hierüber abzuschneiden und damit eine wesentliche Vereinfachung des Streites in dergleichen Fällen herbeizuführen, ist der practische Zweck der vorliegenden Bestimmung. Ihre Geltung ist, diesem Zwecke entsprechend, auf einen siebentägigen Zeitraum beschränkt." Die betreffende Commission des Reichstages fand keine Veranlassung, hierin eine Aenderung vorzuschlagen; dagegen ward bei der Berathung des genannten Gesetzes, in der 46. Sitzung am 16. Mai 1870., das Amendement auf Streichung dieser Zusatzbestimmung gestellt, weil der Antragsteller nicht ver-

möge, die practische Bedeutung derselben einzusehen. Diesem Antrage traten indessen nicht blos der Bundes-Commissar, sondern auch mehrere Abgeordnete entschieden entgegen. Ersterer bemerkte: „Das Alinea 2. des §. 11. der Commissions-Vorlage — d. h. die erwähnte Zusatzbestimmung — bezweckt aus einem rein practischen Gesichtspunkte eine Vereinfachung des Strafverfahrens (soll wohl heißen: Streitverfahrens) in den betreffenden Fällen. Ich glaube, wenn Sie die Vorschrift annehmen, so werden Sie eine große Zahl von unfruchtbaren Streitigkeiten zwischen Armenverbänden, namentlich ländlichen, vermeiden, ohne dem Principe des Gesetzes irgend wie zu nahe zu treten," — und von den Letzteren hob ein gerade den östlichen Provinzen des Preußischen Staates angehörender Rittergutsbesitzer hervor: „Aber nun bitte ich Sie, Sich zu vergegenwärtigen, welche Unzuträglichkeiten eintreten können, wenn Sie das zweite Alinea, welches sich auf den Anzugstermin des ländlichen und städtischen Gesindes bezieht, nicht annehmen. Es ist in vielen Fällen, besonders auf dem Lande, ganz gebräuchlich, daß Leute dieser Art, wenn sie einen neuen Dienst antreten, bei der neuen Dienstherrschaft zunächst einen Urlaub erbitten, auf 2 bis 4 Tage in der Regel, um, vor Antritt des neuen Dienstes, etwa entfernter wohnende Angehörige noch einmal zu besuchen."

Bei der Abstimmung ist das gedachte Amendement denn auch abgelehnt worden. — Stenogr. Berichte 1870. II. Bd. S. 929. 930. 933.

№ 2.

Mündlicher Vertrag über Handlungen. — Grundstücks-Parcelle.

Kann aus einem mündlichen Vertrage, welcher Handlungen zum Hauptgegenstande gehabt, sobald diese Handlungen sämmtlich geleistet worden, auf Gewährung der mündlich verabredeten Vergütung auch dann geklagt werden, wenn diese Vergütung in einer zu überlassenden Grundstücks-Parcelle besteht?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 3. §§. 40. 43.; Tit. 5. §§. 155. 165. bis 167.; Tit. 10. §§. 16. 17.; Tit. 11. §§. 126. 869. 870. 875.

Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes, betreffend die Zerstückelung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen, vom 3. Januar 1845., vom 24. Mai 1853. §§. 2. 3. (Ges.-S. von 1853. S. 241.)

Plenar-Beschluß vom 7. November 1845. (Entscheidungen, Bd. 12. S. 31.—49.)

Der Häusler C. zu S. behauptet klagend: Im Frühlinge 1868. habe ihn der Verklagte, der Bauer B. zu Z., beauftragt, ihm durch seine Vermittelung die W..sche Bauerstelle Nr. 8. zu Z. zu verschaffen und ihm für den Fall, daß durch seine Bemühungen der Kaufvertrag mit dem W. zu Stande komme, versprochen, ihm ein zu seiner Besitzung Nr. 16. S. gehöriges, einen halben Morgen großes, Ackerstück: „na lazek“ genannt, als Belohnung zum Eigenthume zu überlassen. Diesen Auftrag will Kläger erfüllt und sollen auch der Verklagte und dessen Ehefrau die Stelle Nr. 8. zu

Z. gekauft und übergeben erhalten haben. Er hat deshalb beantragt: den Verklagten zu verurtheilen, ihm das fragliche Ackerstück in gerichtlicher (eintragungsfähiger) Form schuldenfrei, eigenthümlich zu überlassen, eventuell ihm dessen Werth mit 120. Thlrn. nebst fünf Procent Zinsen seit der Klagebehändigung zu bezahlen. Vom Verklagten ist, unter Bestreitung aller klägerischen Behauptungen, eingewendet, daß sein angebliches Versprechen ungültig sein würde, weil es die Parcellirung eines Grundstückes zum Gegenstande habe.

Nach stattgehabter Beweisaufnahme hat das Kreisgericht zu Oppeln am 13. Juli 1869. den Kläger als beweisfällig abgewiesen. Auf dessen Appellation hat jedoch das Appellations-Gericht zu Ratibor am 27. April 1870. reformatorisch die Entscheidung der Sache von einem, dem Kläger über das von ihm behauptete Versprechen des Verklagten auferlegten, Eide abhängig gemacht, indem dabei angenommen worden, daß in Betreff dieses Versprechens der Beweis so weit geführt sei, um den Kläger darüber zum Erfüllungseide zu verstatten. Weil der Appellations-Richter in seinen Gründen jenen Einwand des Verklagten keiner näheren Erörterung unterzogen, ist ihm von dem letzteren in seiner gegen das Appellations-Erkenntniß erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde eine Verletzung der §§. 2. 3. des Gesetzes vom 24. Mai 1853., der §§. 40. 43. Tit. 3. und des §. 165. Tit. 5. Thl. I. des A. L.-R. zum Vorwurfe gemacht; diese Nichtigkeitsbeschwerde jedoch vom vierten Senate des Ober-Tribunals mittelst Erkenntnisses vom 2. Februar 1871. zurückgewiesen und zwar aus folgenden

Gründen.

Die §§. 2. und 3. des Gesetzes vom 24. Mai 1853. lauten, und zwar:

§. 2. Wenn Grundstücke durch Kauf- oder andere Ver-

äußerungs-Verträge zertheilt, von einem Grundstücke einzelne Theile abgezweigt, oder Grundstücke, welche Zubehör eines anderen Grundstückes sind, von diesem abgetrennt werden sollen, so muß der Vertrag vor demjenigen Gerichte, welches das Hypothekenbuch des Grundstückes zu führen hat, oder vor einem Commissarius dieses Gerichtes geschlossen werden.

§. 3. Sind diese Vorschriften nicht beobachtet, so ist der Vertrag nichtig und hat demnach auch unter den Contrahenten keine rechtliche Wirkung.

Müßte das, nach der Behauptung des Klägers, zwischen den Parteien getroffene Abkommen als ein Veräußerungs-Vertrag über das in Rede stehende Ackerstück angesehen werden, so würde die Nichtigkeit und die gänzliche Wirkungslosigkeit desselben nach diesen gesetzlichen Bestimmungen keinem Bedenken unterworfen sein können. Es ist indessen einleuchtend, daß bis jetzt über jenes Ackerstück noch gar kein Veräußerungs-Vertrag unter den Parteien zum Abschlusse gekommen und daß deshalb auch noch nicht die, die Anwendung der allegirten Paragraphen bedingende, Voraussetzung eingetreten ist.

Das fragliche, von dem Kläger behauptete, Abkommen war, als ein bloß mündliches, an sich ein unwirksames und unverbindliches, indem daraus, so lange dasselbe noch von keinem Theile erfüllt war, in Gemäßheit des §. 154. Tit. 5. Thl. I. des A. L.-R. keine Klage stattfand. Erst dadurch, daß von dem Kläger der ihm vom Verklagten ertheilte Auftrag ausgeführt worden, und daß durch seine Vermittelung der Verklagte und dessen Ehefrau die W..sche Bauerstelle erkauft und übergeben erhalten haben, hat der Vertrag eine rechtsverbindliche Kraft und zwar dahin erlangt, daß

nunmehr von dem Kläger gefordert werden kann, daß derselbe auch von dem Verklagten erfüllt werde. Denn der §. 165. a. a. O. bestimmt:

Hat der mündliche Vertrag Handlungen zum Hauptgegenstande gehabt und sind diese sämmtlich geleistet worden, so muß die Vergütung nach der mündlichen Abrede erfolgen.

Unzweifelhaft findet dieser Paragraph auf den vorliegenden Vertrag volle Anwendung, und daraus folgt, daß, da von dem Kläger die von ihm übernommenen Handlungen sämmtlich geleistet worden, er seiner Seits verlangen kann, daß ihm von dem Verklagten die mündlich verabredete Vergütung durch eigenthümliche Ueberlassung des Ackerstückes „na lązek" gewährt werde. Keinesweges ist, wie sich aus den §§. 869. und 870. Tit. 11. Thl. I. des A. L.=R. klar ergiebt, unter dem in jenem §. 165. gebrauchten Ausdrucke: „Vergütung" nur eine durch Geld oder fungible Sachen erfolgende Gegenleistung zu verstehen. Vielmehr beweiset gerade der Inhalt der citirten §§. 869. und 870., daß bei solchen Verträgen über Handlungen unter „Vergütung" die stipulirte Gegenleistung verstanden wird, sie bestehe nun in nicht fungiblen Sachen oder auch in Handlungen. Denn, wenn für eine übernommene Handlung oder Unterlassung von der anderen Seite eine Sache oder eine Handlung versprochen wurde, so ist eben dies die Vergütung für jene Handlung, welche zum Wesen des Vertrages nach dem §. 870. cit. gehört. Hiergegen läßt sich aus den §§. 166. und 167. Tit. 5. Thl. I. des A. L.=R., welche allerdings von Handlungen sprechen, die nach Gelde schätzbar sind und für welche ein bestimmter Lohn versprochen worden, kein Bedenken entnehmen, da aus ihnen überall nicht folgt, daß der §. 165. cit. sich auch nur auf Handlungen der eben=

gedachten Art beziehe; und zwar solches um so weniger, als dieses Gesetz das allgemeine Princip für alle Verträge über Handlungen aufzustellen bestimmt ist, und die Vorschriften über die einzelnen Arten dieser Verträge und die Folgen von einseitiger Nichterfüllung in dem Abschnitte 8. des Tit. 11. Thl. I. des A. L.-R. enthalten sind.

Es bestimmt aber ferner der §. 875. Tit. 11. Thl. I. des A. L.-R.:

Ist für die übernommene Handlung nicht Geld oder eine andere Handlung, sondern eine Sache, oder die Abtretung eines Rechtes versprochen, so sind die Pflichten des Versprechenden, in Ansehung der von ihm zu leistenden Erfüllung nach den Regeln vom Verkaufe oder von der Cessionsleistung zu bestimmen.

Aus diesem Paragraphen, in Verbindung mit dem §. 165. cit., geht hervor, daß der mündliche Vertrag durch die von Seiten des Klägers geleistete Erfüllung für den Verklagten dergestalt bindend geworden, daß er zum Verkaufe des Ackerstückes an den Kläger verpflichtet ist. Durch jene Erfüllung ist mithin der Vertrag zu einem vorbereitenden Vertrage für den demnächst über das fragliche Ackerstück abzuschließenden Kaufcontract geworden. Für diesen Consensual-Contract enthält er ein s. g. pactum antecedens, welches eine den Verklagten zum Verkaufe verbindende Kraft hat, und welches sich als ein pactum de contrahenda venditione, s. de vendendo bezeichnen läßt. Wenn also, in Gemäßheit des §. 875. cit., der Verklagte in Bezug auf das fragliche Ackerstück die Pflichten eines Verkäufers übernommen hat, so tritt auch gegen ihn die Vorschrift des §. 126. Tit. 11. Thl. I. des A. L.-R. ein, wonach es zu den Pflichten des Verkäufers gehört, daß er Alles thue, was von seiner Seite erforderlich ist, um die gerichtliche Zu-

schreibung des Grundstückes an den Kläger, als den Käufer, zu bewirken, und ist er in Folge dessen nach dem §. 75. Tit. 11. und den §§. 16. und 17. Tit. 10. Thl. I. des A. L.-R. verpflichtet, ein förmliches, zur Erlangung des Besitztitels geeignetes Instrument über den Verkauf des Ackerstückes zu errichten.

Die vorstehenden Grundsätze finden sich bereits in dem Plenarbeschlusse vom 7. November 1845. des Näheren entwickelt und ausgeführt, und ist daher auf diese Ausführung unter gleichzeitiger Bezugnahme auf das Erkenntniß vom 21. December 1852. (Entscheidungen Bd. 24. S. 343. bis 349.) hier lediglich zu verweisen. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall kann auch durch die Bestimmungen der §§. 2. und 3. des Gesetzes vom 24. Mai 1853. nicht zweifelhaft gemacht werden. In diesen Paragraphen sind ausdrücklich nur die Kauf- und Veräußerungs-Verträge über Grundstücksparcellen, wenn dieselben nicht in der dort vorgeschriebenen Form abgeschlossen worden, für nichtig und wirkungslos erklärt; keineswegs ist solches in Betreff aller anderen, sich auf dergleichen Grundstücke beziehenden, Verträge, geschehen, und ist namentlich nicht ausgesprochen, daß Verträge, welche einem Kauf- oder anderen Veräußerungs-Vertrage über Grundstücksparcellen vorangehen und denselben vorbereiten, nichtig sein sollen, wenn sie nicht in jener Form abgeschlossen worden. Der hier in Rede stehende Vertrag ist daher in seiner blos mündlichen Form kein nichtiger, unter die Bestimmung des §. 2. cit. fallender, Vertrag, sondern nur ein nicht klagbares Rechtsgeschäft, welches erst durch die vom Kläger geleistete Erfüllung die Klagbarkeit auf Erfüllung auch von Seiten des Verklagten erlangt hat. Daß aber diese Klagbarkeit dem Vertrage um deswillen versagt sein sollte, weil

durch ihn bezweckt wird, den Verklagten zum Abschlusse eines Verkaufsvertrages über die fragliche Ackerfläche anzuhalten, ist um so weniger anzunehmen, als die Verpflichtung des Verklagten zum Abschlusse eines solchen Verkaufsvertrages noch nicht den Abschluß dieses Vertrages selbst enthält. Durch die §§. 2. und 3. cit. ist aber nur der Vertragsabschluß, der Kauf- oder Veräußerungs-Vertrag selbst, für den Fall der Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form, mit der Strafe der Nichtigkeit bedroht, und zwar lediglich aus dem Grunde, weil nur erst mit diesem Vertragsabschlusse, nicht aber schon früher die in dem Eingange des Gesetzes, betreffend die Zerstückelung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen, vom 3. Januar 1845. (Gesetz-Samml. von 1845. S. 25.), gedachten Uebelstände eintreten können, zu deren Beseitigung die vorgeschriebene Form dienen soll.

Wenn nach dem Obigen der Verklagte verpflichtet ist, über den Verkauf des fraglichen Ackerstückes ein zur Erlangung des Besitztitels für den Kläger geeignetes Instrument zu errichten, so ist auch vom Kläger dem ganz entsprechend der Klage-Antrag dahin gestellt: den Verklagten zu verurtheilen, ihm das Ackerstück: „na lązek“ genannt, in gerichtlicher (eintragungsfähiger) Form schuldenfrei eigenthümlich zu überlassen. Hierauf lautet auch die von dem Appellations-Richter für den Schwörungsfall ausgesprochene Verurtheilung des Verklagten, und versteht es sich dabei von selbst, daß, wenn die Form eine eintragungsfähige sein soll, dabei die Vorschriften des §. 2. des Gesetzes vom 24. Mai 1853. beobachtet werden müssen. — Demzufolge wird der Verklagte in dem Falle, daß von dem Kläger der ihm auferlegte Eid geleistet wird, gehalten sein, den Kaufvertrag mit dem Kläger über das mehrgedachte Ackerstück

vor demjenigen Gerichte, welches das Hypotheken=Buch dieses Grundstückes zu führen hat, oder vor einem Commissarius dieses Gerichtes abzuschließen, wobei dann gerichtsseitig das Erforderliche wegen der Regulirung der Schuld=, Abgaben= und Communal=Verhältnisse wahrzunehmen ist.

Nach alle diesem stellt sich der Einwand des Verklagten, daß das klagbar gemachte Versprechen ungültig sei, weil dasselbe die Parcellirung eines Grundstückes zum Gegenstande habe, als unbegründet dar. Der Appellations=Richter hat sich daher dadurch, daß von ihm dieser Einwand keiner Erörterung unterzogen und somit stillschweigend verworfen worden, nicht der gerügten Verletzung der §§. 2. und 3. des Gesetzes vom 24. Mai 1853., der §§. 40. 43. Tit. 3. und des §. 165. Tit. 5. Thl. I. des A. L.=R. schuldig gemacht.

Diejenigen Erkenntnisse des Ober=Tribunals, in denen die §§. 2. und 3. des Gesetzes zur Anwendung gebracht sind, haben Fälle betroffen, in denen bereits wirkliche oder doch als solche betrachtete Veräußerungs=Verträge vorlagen, was eben hier nicht der Fall ist. (S. Entscheidungen Bd. 50. S. 81. bis 87., Bd. 58. S. 21. bis 27. u. s. w.) Namentlich ist in dem Erkenntnisse vom 1. December 1864. (Entscheidungen Bd. 52. S. 15.—19.) eine schriftliche Punctation auf Grund jener Paragraphen für nichtig erklärt, weil dieselbe schon als ein wirklicher Contract anzusehen war.

№ 3.

Lex commissoria.

Ist die Vorschrift des §. 33. Tit. 20. Thl. I. des A. L.-R. durch die §§. 1. und 5. des Bundesgesetzes vom 14. November 1867., betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, aufgehoben?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 5. §§. 292. ff., Tit. 11. §. 825., Tit. 20. §. 33.

Bundesgesetz vom 14. November 1867 (Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes S. 159.).

Der Wirth St. erhielt von dem Kaufmanne H. am 27. Mai 1869. ein Darlehn von 40. Thlrn. und verpflichtete sich, dafür am 27. Juli 1869. 45. Thlr. zurückzuzahlen. Die Rückzahlung ist nicht erfolgt und der Kaufmann H. behauptet, daß sich der Wirth St. in dem Reverse vom 27. Mai 1869., unter Verpfändung des betreffenden Documentes, verpflichtet habe, die auf dem Grundstücke Ligola Nr. 22. Rubr. III. Nr. 4. für ihn eingetragene Forderung von 120. Thlrn., im Falle des Verzuges, für das erhaltene Darlehn gerichtlich oder notariell ihm, dem H., zu cediren. Da der Fall dieses Strafvertrages, nach der Behauptung des H., eingetreten, so hat derselbe klagend beantragt:

den Wirth St. zu verurtheilen, ihm die bezeichnete Forderung gerichtlich oder notariell zu cediren.

Der Verklagte hat die Verpfändung des Documentes anerkannt; den Abschluß des Nebenvertrages bestritten; die Echtheit der Unterschrift und die Gültigkeit des Vertrages wegen seiner Lesens- und Schreibensunfähigkeit bemängelt

und die Abweisung des Klägers beantragt. Der Letztere hat den Anführungen widersprochen, und nachdem über die Einwendungen des Verklagten Beweis erhoben worden, hat das Kreisgericht zu Kempen am 9. Februar 1870. den Verklagten nach dem Antrage verurtheilt.

Vom Verklagten ist appellirt, für seine Einwendungen neuer Beweis angetreten und die Ungültigkeit des Abkommens aus dem §. 33. Thl. I. Tit. 20. des A. L.-R. hergeleitet worden. Der Kläger widersprach und suchte auszuführen, daß das Verbot der lex commissoria in dem §. 33. cit. durch das Bundesgesetz vom 14. November 1867., betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, aufgehoben sei. Das Appellations-Gericht zu Posen erkannte am 5. September 1870., das erstrichterliche Urtheil abändernd, auf Abweisung des Klägers. Die hiergegen vom Kläger eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist, so weit sie die behauptete Verletzung des §. 33. Thl. I. Tit. 20. des A. L.-R. und der §§. 1. und 5. des Bundesgesetzes vom 14. November 1867. betrifft, durch das Erkenntniß des vierten Senates des Ober-Tribunals vom 30. März 1871. zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde kämpft gegen die Ansicht des Appellationsrichters an, welcher das streitige Abkommen als ein, nach dem §. 33. Thl. I. Tit. 20. des A. L.-R. verbotenes, pactum commissorium auffaßt, dieses landrechtliche Verbot durch das norddeutsche Bundesgesetz vom 14. November 1867. nicht für aufgehoben erachtet, und jenem Abkommen daher keine rechtliche Wirkung beilegt. Der Appellationsrichter soll durch diese Ansicht die, von der Nichtigkeitsbeschwerde angerufenen, Gesetzesvorschriften irrthümlich angewendet und

daher verletzt haben, ein Vorwurf, welcher jedoch in dem Gesetze keinen Stützpunkt findet.

Für die Bewegung des Kapitales sind von wesentlichem Einflusse: der Nutzungsertrag und die Pünktlichkeit der Zahlung. Beide Factoren werden regulirt durch die Zinsen und die Conventionalstrafen. Das Allgemeine Landrecht, folgend der Rechtsansicht seiner Zeit über den Wucher, hat jene beiden Institute gewissen Beschränkungen unterworfen und daher das Maximum des Zinsfußes in den §§. 803. ff. Thl. I. Tit. 11., und der Conventionalstrafen in den §§.299. ff. Tit. 5. §§. 825., 826. Tit. 11. Thl. I. gesetzlich geregelt. Aus national-öconomischen Gründen, — um durch die freie Bewegung des Kapitales den Credit zu erleichtern, — hat das Gesetz für den norddeutschen Bund, vom 14. November 1867., im Anschlusse an die vorgängigen Preußischen Gesetze vom 12. Mai 1866. (G.-S. S. 225.) und vom 2. Januar 1867. (G.-S. S. 30.), die sogenannten Wuchergesetze aufgehoben, die Bestimmung über die Höhe der Zinsen und der Conventionalstrafen der freien Privat-Autonomie überlassen, und im §. 1. verordnet:

„Die Höhe der Zinsen, so wie die Höhe und die Art der Vergütung für Darlehne und für andere creditirte Forderungen, ferner Conventionalstrafen', welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehnes oder einer sonst creditirten Forderung zu leisten sind, unterliegen der freien Vereinbarung. Die entgegenstehenden privatrechtlichen und strafrechtlichen Bestimmungen werden aufgehoben."

Das Rechtsinstitut der Conventionalstrafe, um welche es sich hier handelt, ist zunächst, und seinem Hauptzwecke nach, darauf berechnet, das oft schwer erweisbare Interesse aus der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit unter den Contra-

henten zu bestimmen. L. 23. pr. D. (4. 8.). v. Savigny, Obligationen-Recht, Bd. 2. S. 272. ff., Puchta, Pandecten, §. 231. In diesem Sinne faßt auch das Allgemeine Landrecht die Conventionalstrafe auf, indem es im §. 292. Thl. I. Tit. 5. vorschreibt:

„Das Interesse, welches ein Contrahent dem Anderen, bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergüten hat, kann durch Verabredung einer Strafe im Voraus bestimmt werden."

Die Lehre von der Conventionalstrafe gehört daher in die Rechtsmaterie über die Erfüllung der Verträge, und wird dort, und zwar speciell in der Disciplin über das Interesse, in dem Systeme des Allgemeinen Landrechtes abgehandelt. Das charakteristische Moment der Conventionalstrafe ist daher, wie im gemeinen Rechte, so im Allgemeinen Landrechte, in der vertragsmäßigen Vorausbestimmung des Schadensanspruches für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit zu suchen, und die Eigenschaft derselben, als eines Verstärkungsmittels für die Erfüllung einer Obligation, ist nur von untergeordneter und unwesentlicher Bedeutung. Mag man den Strafvertrag, seiner rechtlichen Natur nach, als ein bedingtes Versprechen, oder als ein accessorisches Bekräftigungsmittel, oder als ein selbstständiges Rechtsgeschäft ansehen, immer ist sein Hauptzweck darauf gerichtet, für den Fall des Vertragsbruches das Interesse im Voraus zu fixiren. Und in dieser dogmatischen Auffassung liegt der Begriff der Conventionalstrafe auch dem Gesetze vom 14. November 1867. zum Grunde. Dem, aus der Initiative des Reichstages hervorgegangenen, Gesetzes-Antrage sind zwar keine Motive beigegeben; allein der Zweck des Antrages und die rechtliche Tragweite desselben werden durch die eingehenden Verhandlungen im Reichstage außer Zweifel gesetzt. Der

§. 1. des Antrages (Nr. 12. des stenographischen Berichtes, Sitzungsperiode von 1867.) lautete:

„Die Höhe der Zinsen, so wie die Höhe und die Art der Vergütung für Darlehne und andere creditirte Forderungen, ferner Conventionalstrafen, welche statt der Zinsen für die verspätete Rückzahlung eines Darlehns oder einer sonst creditirten Forderung zu leisten sind, unterliegen der freien Uebereinkunft."

Die Fassung dieser Bestimmung und die Reichstagsverhandlungen, S. 333. 347. des stenographischen Berichtes ergeben, daß sich der §. 1. bezüglich der Conventionalstrafen den Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes, insbesondere der Bestimmung des §. 825. Thl. I. Tit. 11., angeschlossen hat, welche über Conventionalstrafen handelt, die beim Darlehne, statt der Zinsen, stipulirt worden sind. Ein Abgeordneter machte auf die eingeschränkte landrechtliche Fassung des §. 1. des Antrages aufmerksam und monirte dieselbe, weil das gemeine Recht, und andere Gesetze die Conventionalstrafen auch neben den Zinsen gestatteten und als vorläufige Feststellung des, im Falle des Verzuges zu erwartenden, Schadens zuließen. S. 333. In dieser Erwägung, und weil die Conventionalstrafe nicht allein bei Darlehnen, sondern auch bei anderen Zahlungen vorkommen, wurden die einschränkenden Worte: „statt der Zinsen" und „verspätete Rückzahlung" gestrichen, und der §. 1. in seiner gegenwärtigen Fassung angenommen. S. 347. 352. — Hiernach muß man, auf Grund der Vorarbeiten zu dem Gesetze vom 14. November 1867., annehmen, daß das letztere die Conventionalstrafe in ihrer rechtlichen Natur als ein Mittel zur vertragsmäßigen Vorbestimmung des Interesse aus der Nichtleistung einer Zahlung aufgefaßt hat. Namentlich spricht Nichts für, und der international-öconomische Zweck

des Gesetzes selbst gegen die Annahme: daß das Gesetz die Conventionalstrafe nur in ihrer Eigenschaft als Zwangsmittel für die Erfüllung einer Verbindlichkeit anerkannt habe. Wenn aber das erwähnte Gesetz die rechtliche Natur der Conventionalstrafe, als einer vertragsmäßigen anticipirten Interessenfeststellung, nicht aufgehoben hat, so fragt es sich: ob der Nebenvertrag, in welchem sich der Verklagte im Falle der Zögerung zur Abtretung des Pfandes verpflichtet haben soll, unter den Begriff einer Conventionalstrafe, und daher unter das Gesetz vom 14. November 1867. fällt? Jener Vertrag enthält eine lex commissoria, welche der §. 33. Thl. I. Tit. 20. des A. L.-R. für das Pfandrecht verbietet. Ein gleiches Verbot enthalten auch andere ältere, wie neuere Gesetze, jedenfalls zur Beseitigung des Wuchers und zum Schutze des bedrängten Schuldners. Es wird zwar von Vielen die Ansicht vertheidigt, daß das Verbot der lex commissoria beim Pfandvertrage durch Aufhebung der Wuchergesetze, in Folge des Gesetzes vom 14. November 1867., beseitigt sei, weil die Natur des, durch den Strafvertrag übernommenen, Nachtheiles, nämlich des Verfalles des Eigenthumes an den Gläubiger, mit dem Begriffe der Conventionalstrafe nicht unvereinbar sei. — Jaques, die Wuchergesetzgebung und das Civil- und Strafrecht, Wien 1867., Hinschius in der Zeitschrift für Gesetzgebung 2c., Bd. 2. S. 14., Förster, Theorie und Praxis, Bd. 3. S. 369. — Allein dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Es läßt sich zwar eine gewisse Rechtsähnlichkeit auffinden zwischen der Conventionalstrafe und dem pactum commissorium; denn die Forderung, für welche das letztere eingegangen sein soll, rührt aus einem Darlehne her, und der Schuldner ist mit der Zahlung im Verzuge; die Nebenbestimmung bezweckt einen Zwang auf den Schuldner zur

Zahlung; und das Verbot der lex commissoria ist an sich auf die Beseitigung des Wuchers gerichtet. Alle diese rechtsähnlichen Momente führen jedoch nicht zu der Annahme, daß die lex commissoria beim Pfandrechte die Natur einer Conventionalstrafe hat, und daß das Verbot derselben durch Aufhebung der sogenannten Wuchergesetze, in Folge des Gesetzes vom 4. November 1867., beseitigt sei. Die lex commissoria im Sinne des §. 33. Thl. I. Tit. 20. des A. L.-R. begründet keine Conventionalstrafe. Der Zweck des Pfandvertrages ist die Sicherstellung des Gläubigers durch das Pfand, und die Befriedigung desselben aus dem Pfande. Das Pfand steht daher in subsidiärem Rechtsverbande. Zur Befriedigung des Gläubigers hat das Gesetz bestimmte Formen für den Verkauf des Pfandes vorgeschrieben und die lex commissoria, als anticipirte Eigenthumsübertragung im Falle des Verzuges, verboten. Die, mit dem pactum commissorium verbundene, Gefahr des Verlustes des Eigenthumes an dem Pfande kann daher zwar, wie die Conventionalstrafe, zwingend auf den Schuldner wirken; allein jener Nebenvertrag bezweckt nicht die Vorausbestimmung des Interesse des Gläubigers aus der Nichtzahlung, sondern die völlige Befriedigung desselben, anstatt durch den Verkauf, durch eigenthümliche Ueberlassung des Pfandes. Von einer anticipirten vertragsmäßigen Schadenseinigung auf den Fall der Säumniß, dem nothwendigen Criterium der Conventionalstrafe, ist bei dem pactum commissorium nicht die Rede, und wird das letztere daher auch nicht in der Lehre von dem Interesse, sondern in der Rechtsmaterie über das Pfandrecht, für welches es eine Nebenabrede ist, behandelt. Das Verbot der lex commissoria bei dem Pfandrechte ist daher eine Spezialvorschrift für das letztere und wird von dem Gesetze vom 14. November 1867. über die Freigebung des

Zinsfußes, als außerhalb dem Zwecke und den Grenzen desselben liegend, nicht berührt. Nicht die Absicht des Wuchers, die Höhe und der Umfang des unerlaubten Gewinnes und des unberechtigten Nachtheiles, sondern die Eigenthumsübertragung an dem Pfande selbst, in ihrer Abstraction von allen Nebenmomenten, begründen die absolute Wirkungslosigkeit und Nichtigkeit jenes, als lex commissoria bezeichneten, Nebenvertrages. Der Appellations-Richter hat sich daher durch Anwendung des §. 33. Thl. I. Tit. 20. des A. L.-R. keiner Gesetzesverletzung schuldig gemacht und sich mit dem Gesetze vom 14. November 1867. nicht in Widerspruch gesetzt.

№ 4.

Durch Warnungstafeln verbotene Privatwege. Schadensersatz.

Findet die Vorschrift des §. 345. unter Nr. 9. des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten vom 14. April 1851. (G.-S. 1851. S. 174.) zur Begründung eines Schadensersatz-Anspruches auch auf Privatwege Anwendung, deren Betretung der Eigenthümer durch aufgestellte Warnungstafeln verboten hat?

Gesetz, betr. die Abänderung einiger Bestimmungen des Strafgesetzbuches, vom 14. April 1856. §. 347. Nr. 10. (G.-S. 1856. S. 218.)

A. L.-R. Thl. I. Tit. 3. §. 35. und Tit. 6. §. 26.

Die vorstehende Frage ist in der Sache der Gutsbesitzerin N. wider den Müller Z. von dem Kreisgerichte zu Osterode und dem ostpreußischen Tribunale zu Königsberg bejaht und es ist daher in den gleichlautenden Erkenntnissen vom 7. Januar 1870. und vom 13. Januar 1871. der Verklagte zum Schadensersatze für verpflichtet erachtet worden. Hierin findet der Implorant Z. eine Verletzung der §§. 345. Nr. 9. und 347. Nr. 10. des Str.=G.=B., so wie des §. 35. Tit. 3. und der §§. 25. und 26. Tit. 6. Thl. I. des A. L.=R. Der erste Senat des Ober=Tribunals hat auch am 23. Juni 1871. das Appellations=Urtel vernichtet, jedoch noch nicht definitiv erkannt, vielmehr zunächst eine weitere Ermittelung darüber veranlaßt:

ob der fragliche Weg ein dem Verklagten gehöriger und von diesem zu unterhaltender Privatweg ist, dessen Benutzung aber Fremden durch aufgestellte Warnungs=Tafeln untersagt gewesen,

oder:

ob jener Weg ein öffentlicher Communicationsweg ist, dessen Instandhaltung den Separations=Interessenten von H. obliegt.

Es lauten die desfallsigen

G r ü n d e.

Der von L. über Z. nach der H.=Mühle führende Weg durchschneidet auch das Land des Verklagten Z. und führt dort über eine den Mühlengraben deckende Brücke, deren Belagbretter am 10. oder 11. August 1868. nicht genügend befestigt waren, so daß dieselben, als damals der Knecht der Klägerin über jene Brücke zur Mühle des Verklagten fuhr, zum Theil dergestalt aufschlugen, daß das eine Pferd der Klägerin in Folge dessen verunglückt ist. Diesen Unfall mißt die Klägerin, unter Bezugnahme auf den §. 345. Nr. 9.

des Str.=G.=B. vom 14. April 1851., der Schuld des Verklagten bei, der als Eigenthümer jenes Privatweges verpflichtet gewesen, die im Laufe desselben über den Mühlengraben führende Brücke in passirbarem Zustande zu erhalten und namentlich die darauf liegenden Bretter gehörig zu befestigen. Gestützt auf die §§. 25. und 26. Thl. I. Tit. 6. des A. L.=R. verlangt die Klägerin daher den Werth des verunglückten Pferdes mit 120. Thlrn. und die an die Sachverständigen gezahlten 8. Thlr. Reisekosten und Diäten vom Verklagten erstattet.

Schon in dem Audienztermine erster Instanz hatte der Verklagte eingewandt: die Benutzung jenes Feldweges sei jedem Fremden durch ausgestellte Warnungs=Tafeln untersagt gewesen; und diesen in der Appellations=Instanz ausdrücklich wiederholten Einwand hat der Appellations=Richter für unerheblich erachtet:

„denn durch dergleichen Zeichen werde Niemand von der Beobachtung der Vorschriften des §. 345. Nr. 9. des Str.=G.=B. in Bezug auf Orte, wo Menschen hinkämen — und ein solcher sei die Brücke, resp. die Wegestelle, nach den Zeugenaussagen, gewesen — befreit; durch unterbliebene Befestigung des Belages der Brücke an der Balken=Unterlage sei diese strafgesetzliche Vorschrift verletzt; gegen den Verklagten fänden daher die §§. 25. und 26. Thl. I. Tit. 6. des A. L.=R. Anwendung und er sei zu der geforderten Entschädigung verpflichtet.“

Hierdurch soll der Appellations=Richter, wie ihm die Nichtigkeitsbeschwerde vorwirft, die §§. 345. Nr. 9. und 347. Nr. 10., so wie den §. 35. Thl. I. Tit. 3. und die §§. 25. 26. Thl. I. Tit. 6. des A. L.=R. verletzt haben. Der §. 345. Nr. 9. finde nämlich auf Privatwege, welche durch Warnungstafeln geschlossen seien, überhaupt

keine Anwendung, verpflichte aber auch nur zur Verdeckung und Verwahrung einer Oeffnung oder eines Abhanges, nicht aber dazu, daß die Verdeckung ohne Gefahr und obenein vermittelst Wagens passirbar sei. — Diese Beschwerde erscheint im Wesentlichen auch als begründet und rechtfertigt sich somit die Vernichtung des angefochtenen Urtels.

Das Strafgesetz-Buch für die Preußischen Staaten vom 14. April 1851. bedroht im §. 345. allerdings denjenigen mit Geldbuße bis zu funfzig Thalern oder Gefängniß bis zu sechs Wochen,

9. wer auf öffentlichen Straßen, Wegen oder Plätzen, auf Höfen, in Häusern oder überhaupt an Orten, wo Menschen hinkommen, Brunnen, Keller, Gruben, Oeffnungen oder Abhänge dergestalt unverdeckt oder unverwahrt läßt, daß daraus Gefahr für Andere entstehen kann.

Anderer Seits aber soll, in Folge des §. 347., nach dessen Umgestaltung durch das Gesetz vom 14. April 1856., derjenige mit Geldbuße bis zu zwanzig Thalern oder mit Gefängniß bis zu vierzehn Tagen bestraft werden, wer unbefugt auf einem durch Warnungszeichen geschlossenen Privatwege fährt.

Der Appellations-Richter geht unangefochten davon aus, daß die hier in Rede stehende Wegestrecke einschließlich derjenigen Brücke, auf welcher das Pferd der Klägerin verunglückt ist, ein Privatweg des Verklagten sei; er verweist dabei ausdrücklich auf die Schlußverhandlung vom 7. Januar 1870., nach welcher die Parteien darüber einig waren, daß der fragliche Weg ein Privatweg und Eigenthum des Verklagten sei. Vermöge der Ausschließlichkeit des Eigenthumes war der Verklagte namentlich auch befugt, Fremden die Benutzung dieses ihm gehörigen Privatweges zu ver-

bieten. §. 1. Thl. I. Tit. 8. des A. L.-R. Im Anschlusse an die Regel des §. 63. Thl. I. Tit. 22. des A. L.-R.:

> Gebahnter Fußsteige auf offenen Feldern kann ein Jeder sich bedienen;

und im Gegensatze zu derselben schreibt sodann der folgende §. 64. weiter vor:

> Hat aber der Eigenthümer den gemeinen Gebrauch solcher Fußsteige durch Gräben, Kreuze, Schlagbäume oder andere dergleichen Merkmale untersagt: so kann nur derjenige, welchem eine besondere Vergünstigung eingeräumt worden, davon Gebrauch machen.

Daß ihr in Bezug auf die Benutzung jenes, dem Verklagten gehörigen Privatweges und der fraglichen Brücke eine derartige besondere Wegegerechtigkeit zustehe, hat die Klägerin nirgend behauptet, und der oben allegirte §. 347. unter Nr. 10. will denjenigen bestraft wissen, der unbefugt auf einem durch Warnungszeichen geschlossenen Privatwege fährt. Wenn nun der Appellations-Richter den §. 345. unter Nr. 9. und insbesondere dessen Bestimmung:

> wer an Orten, wo Menschen hinkommen, Oeffnungen oder Abhänge dergestalt unbedeckt oder unverwahrt läßt, daß daraus Gefahr für Andere entstehen kann,

auf den hier vorliegenden Fall anwendet, gleichviel, ob Verklagter die Benutzung dieses seines Privatweges dem Publikum durch Warnungs-Tafeln untersagt habe oder nicht, so hat er jenes Strafgesetz allerdings verletzt, namentlich aber in einem Falle zur Anwendung gebracht, für welchen es, nach seinem Sinne und ganzen Zusammenhange, offenbar nicht gegeben ist. Soweit der §. 345. Nr. 9. von „öffentlichen Straßen, Wegen oder Plätzen, von Höfen oder Häusern" spricht, bleibt dessen Bestimmung schon durch

die eigene thatsächliche Feststellung des Appellations-Richters, daß die in Rede stehende Wegestrecke, einschließlich der fraglichen Brücke, ein Privatweg des Verklagten sei, ausgeschlossen. Aber auch die, freilich sehr allgemein lautende, Schlußbezeichnung: „oder überhaupt an Orten, wo Menschen hinkommen", oder, wie es in dem entsprechenden §. 367. Nr. 12. des Strafgesetz-Buches für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870. (Bundes-Ges.-Bl. des Nordd. Bundes von 1870. S.269.) heißt: „und überhaupt an Orten, wo Menschen verkehren", darf doch nicht auf Privatwege ausgedehnt werden, deren Benutzung der Eigenthümer berechtigter Weise dem Publikum durch Warnungs-Tafeln untersagt hat. Eine solche extensive Auslegung jenes Strafgesetzes, das sonst, seinem Sinne und Zwecke nach, allerdings als ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz im Sinne des §. 26. Thl. I. Tit. 6. des A. L.-R. aufzufassen ist, würde unverkennbar mit der weiteren Bestimmung desselben Strafgesetz-Buches im §. 347. Nr. 10. in Widerspruch treten, nach welcher in Folge der späteren Abänderung und Umgestaltung durch das Gesetz vom 14. April 1856. sogar bestraft werden soll, wer unbefugt auf einem durch Warnungszeichen geschlossenen Privatwege fährt. Läßt der Eigenthümer eines solchen, dem Publikum auf die gedachte Weise verschlossenen, Privatweges auf demselben etwa befindliche Gruben, Oeffnungen oder Abhänge ohne genügende Verdeckung oder Verwahrung, befestigt er namentlich nicht die auf einer dort vorhandenen Brücke liegenden Belagbretter in gehöriger Weise und es verunglückt Jemand, der unbefugt die Brücke, trotz des Verbotes durch Warnungstafeln, dennoch befahren hat, so kann auf diesen Fall der §. 345. Nr. 9. nicht angewendet und also auch der Verklagte nicht auf Grund des

§. 26. Thl. I. Tit. 6. des A. L.=R. für verpflichtet erachtet werden, der Klägerin den in der angegebenen Art erlittenen Schaden zu ersetzen.

Schon in dem diesseitigen Revisions=Urtel vom 2. Mai 1862. (Striethorst's Archiv, Bd. 45. S. 212.) wird die auf den allegirten §. 345. Nr. 9. des Str.=G.=B. gestützte Argumentation des ersten Richters: „das Aschen=Bassin sei ferner objectiv gefahrdrohend, weil nichts gehindert habe, daß Kinder, Trunkene, in der Dunkelheit Verirrte darin verunglückten; das Gesetz verlange nur, daß aus der Anlage eine Gefahr entstehen könne," durch folgende Erwägung widerlegt:

> Indeß darf das Gesetz nicht so aufgefaßt werden, daß es eine unbedingte Unzugänglichkeit des Ortes und eine absolute Gefahrlosigkeit der Anlage für Menschen voraussetzt. Es ist nach den obwaltenden Umständen zu beurtheilen, ob sich nach vernünftigem Ermessen und den gewöhnlichen Verhältnissen eine Gefahr für Menschen erwarten und bei gehöriger Aufmerksamkeit vorhersehen ließ.

Die Worte des §. 345. Nr. 9. „an Orten, wo Menschen hinkommen", sowie die Worte des seit dem 1. Januar 1871. an dessen Stelle getretenen, entsprechenden §. 367. Nr. 12. des Str.=G.=B. für den Nordd. Bund vom 31. Mai 1870. „an Orten, wo Menschen verkehren" dürfen nicht, wie der Appellations=Richter irrig vermeint, auf alle Orte, wohin Menschen möglicher Weise, selbst verbotswidrig, gelangen können, sondern doch nur auf Orte bezogen werden, wo Menschen hinzukommen pflegen, oder an welchen Menschen, nach den gewöhnlichen Verhältnissen und erlaubter Weise, verkehren. Wenn der Appellations=Richter, dem entgegen, zu solchen Orten auch einen durch Warnungs=

tafeln verbotenen und geschlossenen Privatweg zählt, und in Folge dessen den Einwand des Verklagten: daß der fragliche Weg durch dergleichen Warnungstafeln damals wirklich verboten und geschlossen gewesen, als unerheblich verwirft, so hat er die in der Nichtigkeitsbeschwerde allegirten Gesetzesstellen, wie diese ihm mit Recht vorwirft, verletzt. Seine, durch einen sonstigen selbstständigen Grund nicht gehaltene, Entscheidung unterlag daher der Vernichtung.

№ 5.

Gemeines Recht — Gewährsanspruch des Cessionars einer Forderung.

Geht der Anspruch, welcher dem Cessionar einer Forderung gegen seinen Cedenten aus dessen Gewährsleistungs-Versprechen zusteht, bei einer nachfolgenden Cession auf den neuen Cessionar von selbst Kraft des Gesetzes über?

L. 59. D. de evict. (21. 2).

Die vorstehende Frage ist vom dritten Senate des Ober-Tribunals in dem Erkenntnisse vom 6. März 1871. in Sachen W. wider D. verneint worden. Die

G r ü n d e,

welche zugleich eine Darstellung des Sachverhältnisses ent-

halten, lauten: Mittelst notariellen Vertrages vom 5. Mai 1863. hat die Verklagte D., unter Zustimmung ihres Ehemannes, das Wohnhaus Nr. 84. zu St. an den Kaufmann N. für 28,000. Thaler verkauft. Von dem Kaufgelde sind in dem verkauften Grundstücke gegen $4^1/_2$. Procent Zinsen 8546. Thlr. 7. Sgr. 6. Pf. stehen geblieben; der Verkäuferin ist das unschädliche Eigenthumsrecht und das Vorrecht der rückständigen Kaufgelder an dem Hause vorbehalten. Laut Cession vom 20./27. August 1863. hat die Verklagte von dem Capitale der 8546. Thlr. 7. Sgr. 6. Pf. den Betrag von 5000. Thlrn. „nebst allen wegen dieser Forderung ihr zustehenden Rechten, insbesondere mit dem reservirten unschädlichen Eigenthume, dem Vorrechte der rückständigen Kaufgelder, der hierfür bestellten Hypothek und mit den laufenden Zinsen," wie auch „mit ausdrücklicher Gewährsleistung für die Verität und Bonität" und, unter Verpfändung ihres gesammten Vermögens zur Sicherheit der übernommenen Gewährspflicht, an ihren Schwager A. D., gegen Zahlung der Valuta von 5000. Thlrn., abgetreten. Der Letztere hat sodann die ihm cedirten 5000. Thlr. „nebst allen laufenden Zinsen, so wie mit allen ihm wegen dieser Forderung zustehenden Pfand- und Vorzugsrechten" und „mit voller Gewährsleistung für die Verität und Bonität" am 15. April 1865. gegen Zahlung der vollen Valuta an den Kläger abgetreten.

Der Schuldner N. ist in Concurs verfallen. Der Kläger hat seine Forderung an Capital und Zinsen bis zum 10. December 1867. mit 5493. Thlrn. 3. Sgr. 9. Pf. beim Concurse liquidirt, ist aber mit 4172. Thlrn. 20 Sgr. 3. Pf. ausgefallen. Diesen Ausfall nebst $4^1/_2$. Procent Zinsen seit dem 10. December 1867. und 5. Procent seit

der Klagebehändigung hat Kläger gegen die Verklagte auf Grund der bei der Cession vom 20./27. August 1863. von ihr übernommenen Gewähr. unter dem Erbieten der Rückcession des Schulddocumentes, eingeklagt. Außer anderen Einwendungen, hat die Verklagte dem Anspruche des Klägers entgegengesetzt, daß das Recht auf Gewährsleistung, wenn es dem Auctor des Klägers, A. D., zugestanden doch nicht auf den Kläger übergegangen sei, weil es nicht ein accessorium der Hauptforderung, sondern ein selbstständiges Recht aus einem besonderen Versprechen, und solches dem Kläger nicht mit abgetreten sei.

Das Kreisgericht zu Stralsund hat in seinem Erkenntnisse vom 27. Januar 1870., diesen Einwand verworfen und, nach einem Abzuge von 617. Thlrn. 13. Sgr. 6 Pf., die Verklagte zur Bezahlung der Restforderung von 3555. Thlrn. 6. Sgr. 9. Pf. 'nebst Zinsen nach dem Klageantrage verurtheilt. Das Appellationsgericht zu Greifswald hat dagegen auf die Appellation der Verklagten am 14. Juni ej. a. abändernd auf Abweisung des Klägers erkannt, indem es den Kläger als Cessionar des A. D. nicht für legitimirt erachtet, gegen die Cedentin des letzteren, die Verklagte, die ihm nicht mit abgetretenen Rechte aus dem Gewährsleistungsversprechen in der Urkunde vom 20./27. August 1863. geltend zu machen.

Die hierüber erhobene Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers erscheint, wenn auch formell zulässig, materiell nicht begründet.

Folgte man der römisch-rechtlichen Theorie, wonach durch die Cession nur die Ausübung des cedirten Rechtes, insbesondere das Klagerecht gegen den Schuldner auf den Cessionar übergeht, der Cessionar vermöge der actio mandata als procurator in rem suam auftritt, oder ihm auch ohne

Mandat die actio des Cedenten gegen den Schuldner als utilis eingeräumt wird, so würde für die Klage, welche Kläger an Stelle seines Auctors gegen dessen Cedentin aus deren Garantie-Versprechen anstellt, kaum ein Stützpunkt zu finden sein. Die gemeinrechtliche Praxis nimmt aber, in Fortentwickelung des römischen Rechtes und dem Bedürfnisse des Verkehres entsprechend, an, daß durch die Cession die abgetretene Forderung, ihrer Substanz nach, auf den Cessionar übertragen wird. Der Cessionar succedirt in alle Rechte und Pflichten des Cedenten gegen den Schuldner; er tritt in das Rechtsverhältniß, in welchem der Schuldner zu dem Cedenten steht, als Gläubiger ein; er erwirbt die Forderung mit allen zu ihr gehörigen Nebenrechten (Accessorien), insbesondere auch mit der durch Pfand oder Bürgschaft bestellten Sicherheit. Wäre die Gewähr, zu welcher der Cedent dem Cessionar gesetzlich oder vertragsmäßig verpflichtet ist, zu jenen Nebenrechten zu zählen, als ein Anhang der Hauptforderung zu betrachten, so würden freilich bei einer Weitercession die Ansprüche aus der Gewähr auf den Nachmann von selbst übergehen. In der That ist dies von dem Ober-Tribunale zu Stuttgart und dem Ober-Appellations-Gerichte zu Darmstadt in den Erkenntnissen vom 5. Juni 1849. und 26. September 1856. (Seuffert's Archiv Bd. IV. Nr. 26. — Archiv für practische Rechtswissenschaft Bd. VI. S. 156.) angenommen. Dieselben gehen davon aus, daß das Recht, welches durch die Erklärung des Cedenten, für die Güte haften zu wollen, dem Cessionar eingeräumt ist, wesentlich zu der cedirten Forderung gehöre zu deren Sicherheit diene, den Charakter der Bürgschaft an sich trage, und darum der neue Cessionar Kraft des Gesetzes das Klagerecht gegen den ursprünglichen Cedenten

aus dessen Garantie-Versprechen, als accessorium der Hauptforderung, erwerbe. Mit Recht bekämpft der Appellations-Richter diese Ansicht als eine irrige. Die Gewährspflicht des Cedenten gegen den Cessionar beruht auf dem zwischen ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, der causa cessionis. Gegenstand der Cession ist nur die Forderung mit den unmittelbar zu ihrer Sicherung bestimmten dinglichen und persönlichen Nebenrechten (Pfand, Bürgschaft). In das Recht des Cedenten in Bezug auf die abgetretene Forderung tritt der Cessionar vermöge der Cession als Gläubiger, während das Rechtsverhältniß, welches zwischen dem Cedenten und Cessionar entsteht, sich nach dem der Cession zum Grunde liegenden Rechtsgeschäfte und den dabei getroffenen besonderen Verabredungen richtet. Die aus diesem Rechtsverhältnisse entspringenden Regreßansprüche bilden, wie der Appellations-Richter mit Goldschmidt (der Lucca-Pistoja-Actien-Streit Seite 100.) zutreffend sagt, nicht Sicherungs- oder Nebenrechte der cedirten Forderung, d. h. der Rechte gegen den debitor cessus, sondern selbstständige Befugnisse, welche dem Cessionar und nur diesem wegen Verletzung seines eigenen Rechtes gegen den ihm verpflichteten Auctor — nicht also bei Weitercession der Forderung von selbst dem Nachfolger — zustehen. Die Gewähr, welche der Cedent bei der Cession zu leisten verspricht, enthält keine Bürgschaft. Denn der Cedent übernimmt dadurch keine fremde Schuld, es wird durch die desfallsige Verabredung nur festgestellt, was er in eigener Erfüllung des der Cession zum Grunde liegenden Vertrages dem Cessionare leisten soll. Die Gewährspflicht des Cedenten hat ihre Grundlage in dem Rechtsgeschäfte zwischen dem Cedenten und Cessionar, steht mit der abgetretenen Forderung in keinem Zusammenhange, dient nicht

unmittelbar zu deren Verstärkung und äußert ihre Wirkung nur in dem Verhältnisse des Cessionars zum Cedenten dahin, daß der letztere die abgetretene Forderung in der bedungenen oder vorausgesetzten Beschaffenheit zu gewähren hat. Die Gewähr, welche der Cedent übernommen hat, begründet einen, von der abgetretenen Hauptforderung ganz verschiedenen, Anspruch, und aus dieser Verschiedenheit, dieser Selbstständigkeit der beiden Ansprüche, folgt mit Nothwendigkeit, daß der neue Cessionar mit der Hauptforderung nicht von selbst den Gewährsleistungsanspruch an den ersten Cedenten erwirbt, daß es hierzu einer ausdrücklichen Cession bedarf. Damit stimmt auch die Vorschrift über die Eviction beim Sachkaufe überein. Die l. 59. D. de evict. (21. 2.) verordnet:

„Si res, quam a Titio emi, legata sit a me, non potest legatarius conventus a domino rei venditori meo denuntiare, nisi cessae fuerint actiones."

Und Thibaut sagt mit Hinweis auf diese Stelle im §. 185. seines Systemes der Pandecten:

„Ist eine Sache successiv von dem Einen auf den Anderen übertragen, so kann der, dem sie abgestritten wird, nur seinen unmittelbaren, nicht aber den entfernten Auctor in Anspruch nehmen, sofern jener nicht seine Klage gegen diesen cedirt."

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf den Forderungskauf — und ein solcher liegt hier vor — hat kein Bedenken. In allen Rechtsverhältnissen, mit Ausnahme des Wechselverkehres, der seine Eigenthümlichkeiten hat, ist es überhaupt Regel für den Regreß, daß jeder Nachmann sich an seinen unmittelbaren Vormann zu halten hat, der sogenannte springende Regreß (regressus per saltum) nicht Statt findet. Vergleiche: Wernheri Observ. forenses T. I. pag. 159., Voetii

comm. ad Pand. Lib. XXI., Tit. 2. §. 17., Mevii dec P. VII. dec. 51., Biener Abh. S. 130., Gruchot Beiträge I. S. 21., II. S. 421., XI. S. 585., und die Citate in der oben erwähnten Schrift von Goldschmidt.

Auch das Ober-Tribunal hat bereits in einem Erkenntnisse vom 23. November 1858. (Striethorst's Archiv Bd. 31. S. 177.), dessen Motive zwar zunächst den Vorschriften des preußischen Rechtes entlehnt sind, aber auch für das Gebiet des gemeinen Rechtes in dieser Frage völlig zutreffen, den Grundsatz ausgesprochen, daß der Gewährsanspruch des Cessionars an seinen Cedenten wegen des Ausfalles an der cedirten Forderung an sich cessibel, ohne ausdrückliche Cession aber von dem Nachmanne nicht verfolgbar ist. Die Vorschrift im §. 149., beziehungsweise im §. 420. Tit. 11. Thl. I. des A. L.-R. schließt sich dem gemeinen Rechte an. Wenn hiernach der Anspruch, der dem Cessionar aus einem Gewährsleistungsversprechen gegen seinen Cedenten zusteht, bei einer nachfolgenden Cession auf den neuen Cessionar nicht Kraft des Gesetzes von selbst übergeht, der letztere ohne ausdrückliche Cession jenes Anspruches wegen eines Ausfalles an der cedirten Forderung sich nur an seinen unmittelbaren Vormann halten kann, so fragt sich weiter, ob durch die Cession vom 15. April 1865. dem Kläger die für seinen Auctor A. D. aus dem Gewährsleistungsversprechen der Verklagten begründete Rechte übertragen sind. Nach dem Wortverstande der Urkunde vom 15. April 1865. ist dies nicht der Fall. Abgetreten ist dem Kläger nur die dem A. D. aus den angehefteten Documenten gegen den Kaufmann R. zustehende Capitalforderung von 5000. Thlrn. nebst allen laufenden Zinsen, so wie mit allen ihm (dem A. D.) wegen dieser Forderung zustehenden Pfand- und Vorzugsrechten. Mit keiner Silbe geschieht

der von der Verklagten übernommenen Gewähr und des daraus entspringenden Anspruches Erwähnung. Unter den mit abgetretenen Pfandrechten können nur diejenigen verstanden werden, welche für die Hauptforderung („wegen dieser Forderung zustehenden") bestellt waren, nicht die, welche die Verklagte in der Cessionsurkunde vom 20. August 1863. zur Sicherheit der übernommenen Gewähr mit ihrem gesammten Vermögen bestellt hatte. Daß es aber die Absicht und Willensmeinung der Contrahenten bei der Cession vom 15. April 1865. gewesen, den Regreßanspruch des A. D. an die Verklagte auf den Kläger zu übertragen, wie von dem Letzteren in jetziger Instanz behauptet wird, dafür ist Nichts beigebracht. Zu vermuthen ist eine solche Absicht nicht; erkennbar ist sie nicht gemacht und aus dem Umstande allein, daß A. D. selbst zur Gewähr für die Verität und Bonität sich verpflichtet hatte, nicht zu folgern. Zur Anwendung der Interpretationsregel in l. 219. D. de V. S. (50. 16.:)

„In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit."

fehlt daher die thatsächliche Grundlage.

Mangelt es hiernach dem Kläger an einer ausdrücklichen Cession der seinem Cedenten gegen die Verklagte zustehenden Gewährsansprüche, und sind ohne solche ausdrückliche Cession diese Ansprüche auf den Kläger nicht übergegangen, so ist der Kläger zu der angestellten Klage nicht legitimirt, die vom Appellationsrichter erkannte Abweisung vielmehr gerechtfertigt.

№ 6.

Gegenstand der redhibitorischen Klage. Wirkung der Litisdenunciation.

Kann der redhibitorische Kläger einen, aus den Mängeln der Sache abgeleiteten, Schadensanspruch, ohne den Nachweis einer Verschuldung des Gegners geltend machen?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 5. §§. 326. 320. 285. ff., Tit. 11. §. 198.

Der Oeconom D. kaufte am 15. September 1868. vom Bauern Sch. eine Kuh für 18. Thlr. und verkaufte dieselbe für 20. Thlr. weiter an B. Dieser ließ das sich als krank erweisende Thier schlachten und klagte sodann mit Erfolg gegen D. auf Erstattung des Kaufpreises, sowie der Kosten der Fütterung und eines thierärztlichen Attestes. Sch., welchem von D. der Streit verkündet worden war, leistete ihm Beistand, ohne eine Regreßpflicht anzuerkennen. Es ward durch Sachverständige festgestellt, daß die Kuh schon vor dem 15. September 1868. an der Franzosen-Krankheit gelitten. D. hat, in Befolgung des ihn verurtheilenden Bagatell-Erkenntnisses, 39. Thlr. 28. Sgr. und Proceßkosten, insgesammt 53. Thlr. 7. Sgr. 6. Pf., an B. gezahlt. Jetzt fordert er mit seiner Regreßklage Erstattung dieser Summe vom Verklagten Sch., der sich aus verschiedenen Gründen, namentlich unter Bestreitung der Identität der von ihm an den Kläger verkauften Kuh, mit der vom Kläger an B. verkauften, sowie event. unter Bemängelung der libellirten Quanta, für nicht regreßpflichtig erachtet.

Die Instanzrichter haben dem Kläger über die beregte Identität den Erfüllungseid auferlegt, was keinen Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde bildet. Für den Schwörungsfall sprach der erste Richter, die Kreisgerichts-Commission zu Zehdenick, dem Kläger nur den Betrag des dem Verklagten gezahlten Kaufpreises, 18. Thlr., zu, unter Verwerfung der Mehrforderung, weil zu deren Begründung der Nachweis eines vom Verklagten beim Verkaufe begangenen vertretbaren Versehens gehört habe. Der zweite Richter, das Kammergericht, dagegen verurtheilte, auf des Klägers Appellation, durch Erkenntniß vom 17. November 1870. den Verklagten für den Schwörungsfall ganz nach dem Klageantrage.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten hat der vierte Senat des Ober-Tribunals vom 27. Juni 1871. das Appellations-Erkenntniß, soweit dadurch das Erkenntniß erster Instanz abgeändert worden, vernichtet und das letztere bestätigt, aus folgenden

Gründen.

Die redhibitorische Klage, welche der Käufer einer Sache wegen fehlender Eigenschaften derselben anstellt, bezweckt die Aufhebung des Kaufes, also die Wiedererlangung des für die Sache Entrichteten, gegen deren Rückgabe, letzteres, sofern nicht, wie vorliegend, die Sache grade aus Veranlassung des gerügten Fehlers untergegangen ist. — §. 326. Thl. I. Tit. 5. des A. L.-R.; Striethorst's Archiv Bd. I. S. 46. §§. 192.—198. Thl. I. Tit. 11. des A. L.-R. — Trifft den Verkäufer kein Vorwurf der Arglist oder einer Verschuldung, so sind im Obigen die jedem Theile zustehenden Rechte im Wesentlichen erschöpft. Damit dem Käufer der Anspruch auf ein Mehreres, namentlich auf Ersatz eines in Folge des Kaufgeschäftes erlittenen unmittelbaren Schadens,

erwachse, muß eine Verschuldung des Verkäufers, deren Grad das Maß des Schadensanspruches bedingt, hinzutreten. Denn der §. 320. Thl. I. Tit. 5. des A. L.-R. verordnet:

Liegt an dem Geber die Schuld, daß sich der Empfänger der gegebenen Sache, nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages, nicht bedienen kann, so muß er den Empfänger schadlos halten. (§§. 285. bis 291.)

Die angezogenen §§. 285. ff. aber regeln die aus den einzelnen Verschuldungsgraden sich ergebende Schadensersatzpflicht. — Vergl. §§. 360. 277. a. a. O. — Alles Vorstehende gilt nach dem §. 198. Thl. I. Tit. 11. des A. L.-R. insbesondere beim Kaufe. Der Richter erster Instanz ist gleicher Ansicht und sagt bezüglich des vorliegenden Rechtsstreites: der Vortrag des Klägers ergebe keinen Anhalt dafür, daß der Verklagte beim Verkaufe sich eines vertretbaren Versehens schuldig gemacht habe. Der Appellations-Richter zieht dies nicht in Zweifel, nimmt vielmehr ausdrücklich auf die Sachdarstellung des ersten Richters Bezug, findet aber dessen Ausführung dennoch mit den gesetzlichen Vorschriften nicht im Einklange und fährt fort:

Ein Verkäufer, welcher ein krankes Stück Vieh übergiebt, hat nicht gehörig erfüllt und ihn trifft die Schuld, daß sich der Käufer der empfangenen Sache nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages nicht bedienen kann. Von einem solchen Verkäufer ist der Käufer nach den §§. 194. ff. Thl. I. Tit. 11. des A. L.-R. und §§. 319. ff. Thl. I. Tit. 5. des A. L.-R. Schadloshaltung zu fordern berechtigt. Kläger hat nun aber im vorliegenden Falle nicht bloß insoweit Schaden erlitten, als er an den Verklagten Kaufgeld (18. Thlr.) gezahlt, ohne dafür ein brauchbares Kaufobject zu gewinnen, sondern einen höhe-

ren, indem er an B. 39. Thlr. 28. Sgr., sowie an Kosten 13. Thlr. 9. Sgr. 6. Pf. hat zahlen müssen.

Es leuchtet ein, daß der mitgetheilte erste, rein theoretische Satz unhaltbar ist, in sofern er jedem auf Gewährsleistung mit Grunde belangten Verkäufer eine zum Schadensersatze verpflichtende culpa zur Last legt. Und es ist ebenso wenig zweifelhaft, daß der Appellations-Richter lediglich aus diesem unrichtigen Theorem, mithin aus keinen concreten thatsächlichen Umständen, die vermeintliche, unbestimmte Verschuldung des Verklagten als vorhanden ableitet, während, wie oben gezeigt, der Schadensanspruch des Redhibenten von dem besonderen Nachweise einer den Anderen verantwortlich machenden Verschuldung nach den §§. 320. 285. ff. Thl. I. Tit. 5. und §. 198. Thl. I. Tit. 11. des A. L.-R. abhängt. Darum hat der Appellations-Richter diese Paragraphen in einem Falle, dessen Voraussetzungen nicht zutreffen, für welchen sie also nicht bestimmt sind, angewendet, weshalb er vom Imploranten mit Recht eines rechtsgrundsätzlichen Verstoßes beschuldigt wird, der nach dem §. 4. Nr. 1. der Verordnung vom 14. December 1833. die Vernichtung seines Erkenntnisses nach sich zieht.

Bei der hierdurch eröffneten freien Beurtheilung der Sache ist zunächst die unangefochtene Richtigkeit der Anführung im ersten Erkenntnisse, daß der Kläger dem Verklagten eine beim Verkaufe der Kuh begangene culpa, geschweige denn Arglist, überhaupt nicht vorwirft, anzuerkennen, und ein Gleiches hinsichtlich eines solchen etwa bei Erfüllung des Vertrages (§. 285. cit.) vorgefallenen Versehens ꝛc. zu sagen. Der Kläger hält sich anscheinend jeder näheren Begründung seines Anspruches durch die von ihm im Vorprocesse mit dem B. bewirkte Beiladung des jetzigen Verklagten für überhoben. Allein die Litisdenunciation kann nie-

mals ein Regreßrecht gegen den Litisdenunciaten ins Leben rufen, vielmehr muß ein solches Regreßrecht, damit die Streitverkündigung Erfolg habe, Kraft des zwischen dem Litisdenuncianten und dem Litisdenunciaten bestehenden Verhältnisses bereits an sich existent sein. Sie bezielt nur die Abschneidung des Einwandes: der Litisdenunciant habe im Hauptprocesse etwas versäumt, wodurch dessen ungünstiger Ausgang herbeigeführt worden sei.

Es fehlt somit für die Klageforderung, abgesehen von der verlangten Rückzahlung des 18. Thlr. betragenden Kaufpreises nebst Zinsen, an einem Rechtsgrunde und erscheint das Erkenntniß erster Instanz als gerechtfertigt. Selbiges war demnach, wie geschehen, zu bestätigen.

№ 7.

Zahlungsort einer cedirten Darlehnsschuld.

Ist, wenn in der Schuldurkunde ein bestimmter Zahlungsort nicht festgesetzt worden, der Schuldner, welcher den Cessionar für seinen Gläubiger auf rechtsgültige Weise einmal anerkannt hat, verpflichtet, an dem Orte zu zahlen, wo der Cessionar zur Zeit dieses Anerkenntnisses wohnt?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 11. §§. 412. 769. 775.

Der im Großherzogthume Posen wohnende Verklagte, Gutsbesitzer N., empfing im Jahre 1857. von seinem Schwiegervater, dessen Wohnort Berlin war, ein Darlehn. Nach dem Tode des letzteren wurden hiervon im Wege der Erbregulirung der Klägerin, verehelichten R., einer Erbin, 800. Thlr. überwiesen, und erkannte der Verklagte in dem betreffenden Erbrecesse die Klägerin, welche damals schon in Breslau wohnte, ausdrücklich für seine Gläubigerin an. Diese Schuld wurde fällig, ohne daß der Verklagte Zahlung leistete. Die Klägerin beantragte daher klagend:

den Verklagten zur sofortigen Zahlung von 800. Thlrn. nebst Zinsen zu verurtheilen.

Der Verklagte wendete ein, daß er nur verpflichtet sei, da Zahlung zu leisten, wo der ursprüngliche Inhaber der Forderung die Zahlung zu fordern berechtigt gewesen, also in Berlin, nicht aber in oder nach Breslau, und daß daher die Klägerin, da sie nicht dargethan, daß sie zur Zeit der Fälligkeit der Forderung selbst oder durch einen legitimirten Bevollmächtigten bereit gewesen, in Berlin das Geld in Empfang zu nehmen, abgewiesen werden müsse. Der erste Richter, das Kreisgericht zu Inowraclaw, verurtheilte den Verklagten auf Grund des §. 412. Tit. 11. Thl. I. des A. L.-R. nach dem Klageantrage. Der zweite Richter, das Appellationsgericht zu Bromberg, bestätigte unter dem 26. October 1870. zwar das erste Erkenntniß, jedoch aus anderen Gründen. Es führte aus, daß, trotz des gedachten Ueberganges der Forderung auf die Klägerin, nach, wie vor, Berlin der vertragsmäßige Zahlungsort geblieben sei, und fand insbesondere eine Unterstützung für seine Ansicht im §. 775. a. a. O., wonach rücksichtlich der Darlehne eine Veränderung des Zahlungsortes bei Cessionen nur durch ausdrückliche Abrede vorgenommen werden kann. Dessen

ungeachtet nahm der zweite Richter an, daß jetzt der Verklagte die Zahlung in Breslau, wohin sie die Klägerin verlange, leisten müsse, da der Verklagte die Zahlung am Fälligkeitstage in Berlin, dem Zahlungsorte, nicht geleistet, resp. angeboten und schon dadurch jede Ermittelung darüber, ob auch die Klägerin dort zum Empfange bereit gewesen sei, überflüssig gemacht habe, derselbe auch nicht verlangen könne, daß außerhalb der Zahlungszeit die Klägerin sich im Zahlungsorte einfinde.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten reprobirte zwar der vierte Senat des Ober-Tribunals in seinem Urtel vom 20. Juni 1871. diesen Entscheidungsgrund, hielt aber aus folgenden

Gründen

die zweitrichterliche Entscheidung aufrecht.

Wenn gleich der Entscheidundsgrund des Appellations-Richters nichtig ist, so ist doch aus anderen Gründen sein Erkenntniß in Betreff des Zahlungsortes aufrecht zu erhalten; denn der §. 412. Thl. I. Tit. 11. des A. L.-R. steht der Klägerin zur Seite. Der ursprüngliche Gläubiger des Verklagten wohnte zur Zeit der Hingabe des Darlehns in Berlin. Ein Schuldschein liegt nicht vor. Daß aber ein bestimmter Rückzahlungsort bei Contrahirung des Darlehns überhaupt und namentlich schriftlich verabredet worden, behauptet der Verklagte selbst nicht. Er gründet seinen Einwand grade auf den, den Mangel einer solchen Abrede voraussetzenden §. 769. Tit. 11. Thl. I. des A. L.-R., welcher bei Darlehnen bestimmt:

> Der Regel nach ist der Schuldner verpflichtet, die Rückzahlung kostenfrei an dem Orte, wo der Gläubiger zur Zeit des geschlossenen Vertrages seinen Wohnsitz gehabt hat, zu leisten.

Nach dem Tode des ursprünglichen Gläubigers, des Vaters der Klägerin und Schwiegervaters des Verklagten, sind von der in Rede stehenden Forderung der Klägerin, in dem vom Verklagten am 20. März 1866. mitvollzogenen Recesse, 800. Thlr. überwiesen worden, und erkennt in diesem Recesse der Verklagte ausdrücklich die Klägerin als seine Gläubigerin an. Die Klägerin hat sich auf dieses Anerkenntniß bereits in der Klage berufen. Ebenso steht fest, daß die Klägerin schon damals in Breslau gewohnt hat. Dessen ungeachtet nimmt der Appellations-Richter an, daß Berlin der Zahlungsort geblieben sei, indem er davon ausgeht, daß der gedachte §. 412. a. a. O. sich nicht auf die objective Beschaffenheit des Vertrages, also auch nicht auf den Zahlungsort beziehe und daher der §. 775. l. c. verordne, daß eine Veränderung des Wohnortes nur durch ausdrückliche Abrede vorgenommen werden könne. Der Ausführung des Appellations-Richters kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Der §. 412. a. a. O. schreibt vor:

Hat der Schuldner den Cessionarium für seinen Gläubiger wegen einer, der Qualität und Quantität nach, bestimmten Forderung auf rechtsgültige Weise, einmal anerkannt, so ist er nicht mehr befugt, demselben Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegenzusetzen (§§. 37. 38. 185. 192. Tit. 5.).

Man mag nun diese Bestimmung auf eine Novation, wie Bornemann (System Bd. 3. S. 176.), Koch im Commentar Note 42. zu §. 412., oder nur auf ein selbstständig obligirendes Anerkenntniß, wie Förster, in seiner Theorie und Praxis des Preuß. Privatrechtes, I. S. 671., zurückführen, so geht doch immerhin daraus hervor, daß, wenn der Schuldner den Cessionar, wie hier, ausdrücklich als

seinen Gläubiger angenommen hat, die persönlichen Verhältnisse zwischen ihm und dem Cedenten, dem Cessionar gegenüber, völlig gelöst erscheinen, daß das Rechtsverhältniß nicht als auf Succession beruhend, sondern als ein primitives angesehen werden soll. Die ausdrückliche Annahme des neuen Gläubigers stellt sich als ein ganz selbstständiger Verpflichtungsgrund dar. Dieselbe ändert allerdings nicht den Rechtsgrund und den Gegenstand der cedirten Forderung, dagegen wirkt sie ändernd auf alle Einreden, welche aus der Person des früheren Gläubigers hergeleitet werden können. Nur um dies zu verdeutlichen, wird in dem §. 412. cit. auf die angegebenen Paragraphen des Tit. 5. Bezug genommen. Diese enthalten keine Einschränkung, wie der Appellations-Richter meint, sondern werden nur als Beispiele angeführt für das Princip, daß lediglich objectiv die Forderung in Betracht kommt, dagegen alle Einreden und Modalitäten nicht zu berücksichtigen sind, welche nicht auf objectiven Eigenschaften des Forderungs-Rechtes, wozu freilich auch ausdrückliche Verabredungen gehören, beruhen, sondern vom Gesetze mit der Person des Gläubigers in Verbindung gebracht werden. Eine solche rein subjective Eigenschaft ist es aber, wenn, bei dem Mangel einer ausdrücklichen Abrede, das Gesetz im §. 769. a. a. O. den Wohnort des Gläubigers zur Zeit der Contrahirung des Darlehns als den Rückzahlungsort bezeichnet, indem eben diese Bestimmung aus der Person des Gläubigers hergenommen ist. — Da nun nach dem Gesagten der ursprüngliche Gläubiger gar nicht als existent, vielmehr der Cessionar so angesehen werden soll, als sei er der ursprüngliche Gläubiger, als sei das Rechtsgeschäft erst mit ihm abgeschlossen worden, so muß bei einer Cession der in Rede stehenden Art, in Gemäßheit des §. 769. a. a. O.,

für die Rückzahlung derjenige Ort entscheidend sein, wo zur Zeit der Cession, resp. der Anerkennung als Gläubiger, der Cessionar gewohnt hat. Und das ist hier Breslau. Dem steht auch der §. 775. l. c., — wonach die Bestimmungen über den Rückzahlungsort eines Darlehns auch in dem Falle Anwendung finden sollen, wenn das Eigenthum der Schuld durch Cession, Erbgangsrecht oder sonst auf einen dritten Inhaber gediehen wäre, insofern der Schuldner dabei eine Veränderung des Zahlungsortes sich nicht hat ausdrücklich gefallen lassen, — nicht entgegen; denn diese Bestimmung ist nur ganz allgemein für Successionsfälle gegeben und bezieht sich nicht auf den besonderen Fall, in welchem der debitor cessus contrahirend in das Cessionsgeschäft mit eintritt und zwar durch ein selbstständig obligirendes Anerkenntniß mit der im §. 412. a. a. O. angegebenen Wirkung.

№ 8.

Dorfgerichtliches Testament.

Ist die fehlende Namens-Unterschrift des Gerichtsschulzen unter dem Protocolle über die Aufnahme eines dorfgerichtlichen Testamentes ein die Ungültigkeit des letzteren bedingender wesentlicher Mangel?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 12. §§. 93. bis 98. 104. 105. 139. Anh. §. 33. Thl. II. Tit. 7. §§. 82. bis 84.
Plenar-Beschluß vom 14. Juni 1847. (Entscheid. Bd. 15. S. 17. ff.)

Der in der Nacht des 12. Juni 1869. mit Hinterlassung zweier ehelicher Kinder verstorbene Handarbeiter Wilhelm D. zu M. hat in einem kurz vor seinem Tode vor dem mit dem Schulzen, den beiden Schöppen und dem Gerichtsschreiber besetzten Dorfgerichte seines Wohnortes errichteten Testamente seinen Schwestersohn, den Kläger Gy., zum Haupterben eingesetzt. Der von letzterem in dieser Eigenschaft angestellten Klage auf Zahlung von 288. Thlrn. 12. Sgr. rückständigen Hauskaufgeldes setzte der Verklagte Ge., der bis auf 6. Thlr. 28. Sgr. 6. Pf. die eingeklagte Forderung an sich als richtig anerkennt, unter Assistenz der beiden Kinder des Testators, die Einrede der mangelnden Sachlegitimation entgegen, weil das dorfgerichtliche Testament, das der Gerichtsschulze nur mit seinem Amts-Charakter, nicht aber mit seinem Namen, unterschrieben hat, dieserhalb nicht gültig sei. Letzteres bestritt der Kläger und hielt er den Mangel der Namens-Unterschrift des Schulzen dadurch beseitigt, daß dieser wenigstens seinen Amts-Charakter unterzeichnet, sodann das Couvert, in welches das Testaments-Protokoll eingesiegelt worden, mit seinem Namen und Amts-Charakter überschrieben und nebst den Schöppen und dem Gerichtsschreiber den Hergang bei Aufnahme des Testamentes hinterher zum gerichtlichen Protocolle erklärt habe.

Die Erkenntnisse des Kreisgerichtes zu Heiligenstadt vom 26. April 1870. und des Appellations-Gerichtes zu Halberstadt vom 30. November 1870. erachteten das Testament für ungültig, mithin die Einrede für durchgreifend und wiesen deshalb die Klage ab.

Kläger hat das Appellations-Urtel mit der Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung der §§. 93. 94 103. 104. 139. Tit. 12. Thl. I., der §§. 51. 82. 83. Tit. 7. Thl II.

des A. L.-R., des §. 33. des Anhanges zu demselben, der Declaration vom 10. Juli 1846. (G.-S. S. 263.) und des §. 129. Tit. 10. Thl. I. der A. G.-O., sowie eines nach der Lage des Falles formulirten Rechtsgrundsatzes angefochten. Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat die Nichtigkeitsbeschwerde am 19. Juni 1871. zurückgewiesen.

Gründe.

Die Nichtigkeitsbeschwerde erscheint nicht als begründet. Nach dem für die Beurtheilung derselben maßgebenden Thatbestande des angefochtenen Erkenntnisses, hat der Testator seinen letzten Willen vor dem mit dem Schulzen, den beiden Schöppen und dem Gerichtsschreiber vollständig besetzten Dorfgerichte seines Wohnsitzes erklärt. Das Dorfgericht hat durch den Gerichtsschreiber ein Protocoll über den Akt aufgenommen, welches von dem schreibensunkundigen Testator, unter Zuziehung zweier Testamentszeugen, unterkreuzt, demnächst abgeschlossen und Seitens des Schulzen nur mit seinem Amts-Charakter, unter Weglassung des Namens, von den beiden Schöppen, dem Gerichtsschreiber und den zugezogenen Zeugen aber mit Namen und Charakter vollzogen worden ist. Das Protocoll ist demnächst in ein Couvert gelegt, dieses mit fünf Abdrücken des Gemeindesiegels verschlossen und mit der Ueberschrift versehen worden, daß darin der letzte Wille des Testators enthalten sei. Dieser Ueberschrift sind Namen und Amts-Charakter der drei Dorfgerichtsmitglieder und des Gerichtsschreibers beigesetzt worden. Der Gerichtsschreiber hat dies Testament dem Kreisgerichte zu Heiligenstadt überbracht, welches die Vernehmung der Dorfgerichtsmitglieder und des Gerichtsschreibers über den Hergang bei der Testamentsaufnahme veranlaßt hat. Danach sind bis auf die Namensunter-

schrift des Schulzen unter dem Testaments-Protocolle alle Förmlichkeiten eines dorfgerichtlichen Testamentes vollständig beobachtet worden, und es fragt sich, ob ein solches zu Recht bestehen kann, wenn das Protocoll über dessen Aufnahme von dem Schulzen nicht mit der Unterschrift seines Namens versehen worden ist? — Mit Recht haben beide Vorderrichter diese Frage verneint. Nach der Stellung der §§. 93. bis 99. Tit. 12. Thl. I. des A. L.-R., welche von dem dorfgerichtlichen Testamente handeln, ist letzteres eine Art des gerichtlichen Testamentes, ein Ersatz des vor dem ordentlichen Richter zu errichtenden für den Nothfall, wenn nämlich dergestalt Gefahr im Verzuge ist, daß die Herbeikunft des ordentlichen Richters nicht abgewartet werden kann. Alsdann können Dorfgerichte, die aus einem Schulzen und zwei vereideten Schöppen bestehen, Testamente und Codicille gültig an- und aufnehmen, unter Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers, allenfalls auch eines Notars oder des Predigers. Das in solcher Weise zu Stande gekommene dorfgerichtliche Testament kann als eine Beglaubigung der auf- oder angenommenen letztwilligen Verordnung angesehen werden, da Dorfgerichte, mit Zuziehung des vereideten Gerichtsschreibers, nach den §§. 82. bis 84. Tit. 7. Thl. II. des A. L.-R. gerichtliche Handlungen, bei denen es auf bloße Beglaubigung ankommt, gültig vornehmen können. Was ihnen aber für solche Fälle generell vorgeschrieben ist, daß sie nämlich die aufgenommene Verhandlung dem ordentlichen Richter zur Beurtheilung der Gesetzmäßigkeit oder näheren Berichtigung ohne Zeitverlust vorlegen müssen, — §. 83. — gilt ganz besonders von den auf- und angenommenen Testamenten, rücksichtlich welcher speciell angeordnet ist, daß der Richter die Dorfgerichte über den Hergang umständlich vernehmen und,

falls der Testaments-Errichter dann noch am Leben ist, diesem das aufgenommene Protocoll vorlegen und die Richtigkeit des darin enthaltenen Herganges von ihm genehmigen lassen soll; ohne daß jedoch aus der Versäumung der letztgedachten Vorschrift schon die Nichtigkeit der letztwilligen Verordnung folgt. Die Declaration zum §. 95. a. a. O. vom 10. Juli 1846. hat zwar die Verpflichtung der Dorfgerichte, ein von ihnen an- oder aufgenommenes Testament durch eines ihrer Mitglieder dem ordentlichen Richter persönlich einzuhändigen, bestehen lassen, die Rechtsbeständigkeit der letztwilligen Verordnung aber von dieser persönlichen Einhändigung unabhängig gemacht. Damit ist die Verpflichtung des ordentlichen Richters, die Dorfgerichtsmitglieder über den Hergang umständlich zu vernehmen, nicht aufgehoben worden; nach der Fassung des §. 95. ist die Vernehmung zwar, in Verbindung mit der persönlichen Ueberbringung, gedacht, jedoch von der letzteren nicht abhängig gemacht. Die Declaration beschränkt sich auch, nach der Ueberschrift und dem Inhalte, ausdrücklich auf die Beförderung des dorfgerichtlichen Testamentes oder Codicilles an den ordentlichen Richter, ohne das weitere Verfahren des letzteren mit demselben anders, als im §. 95. geschehen, zu ordnen. Wenn es hiernach bei der richterlichen Vernehmung der Dorfgerichtspersonen über den Hergang der Sache nach, wie vor, bleibt, so ist es doch nicht zulässig, den Schwerpunkt in diese Vernehmung zu legen, und dem entsprechend anzunehmen, daß etwaige wesentliche, bei der Auf- oder Annahme der letztwilligen Verordnung selbst vorgekommene Mängel durch die nachherige protocollarische Vernehmung der Dorfgerichtspersonen, falls letztere nur ergiebt, daß der letzte Wille so, wie das dorfgerichtliche Protocoll besagt, kund gegeben worden ist, beseitigt werden,

ohne der Gültigkeit der Verordnung zu schaden. Vielmehr findet der dorfgerichtliche Act in der nachfolgenden richterlichen Vernehmung nur seine Controlle und Bekräftigung. Legte man derselben eine größere Bedeutung bei, so würde sich das dorfgerichtliche Testament schließlich zu einem mündlichen umgestalten, das vor den Dorfgerichtspersonen als Zeugen errichtet und erst durch deren Vernehmung zum richterlichen Protocolle in die solenne Schriftform gebracht würde. Allerdings schreiben die §§. 93. ff. a. a. O. nicht speciell vor, wie bei der Auf- oder Annahme eines dorfgerichtlichen Testamentes verfahren werden soll. Die angeordnete Zuziehung des Gerichtsschreibers und Einhändigung des Testamentes oder Codicilles an den Gerichtshalter, der dasselbe im Depositorium verwahren soll, ergeben jedoch, was ohnehin selbstverständlich ist, daß über den Act der Testamentserrichtung von dem Dorfgerichte ein Protocoll aufzunehmen ist. Hat letzteres auch keine weitergehende Bedeutung, als den Hergang bei der Auf- und Annahme der letztwilligen Verordnung zu beglaubigen, so ist es doch nothwendig, daß ihm die wesentlichen Stücke eines Protocolles nicht fehlen. Zu diesem gehört nach dem §. 45. Tit. 2. Thl. II. der A. G.-O. die Unterschrift der fungirenden Gerichtspersonen. Das Zustandekommen des Protocolles ist für die Rechtsbeständigkeit einer letztwilligen Verordnung unerläßlich; dies geht unzweideutig aus dem §. 33. des Anhanges zu dem §. 139. Tit. 12. Thl. I. des A. L.-R. hervor, nach welchem die Nichtbeachtung anderer vorgeschriebenen Förmlichkeiten die letztwillige Verordnung nicht entkräftet, dafern nur das über die Errichtung oder Uebergabe derselben aufgenommene Protocoll vorschriftsmäßig abgefaßt, geschlossen und unterschrieben ist. Mit Recht wendet der Appellations-Richter die letztere Vorschrift auch auf das dorfgerichtliche Testament

an. Ist das Protocoll über die Errichtung desselben nicht in gehöriger Weise zu Stande gekommen, so kann die letztwillige Verordnung selbst nicht bestehen, weil ihr diejenige Beglaubigung fehlt, welche die Vornahme des Actes vor gehörig besetztem Dorfgerichte gewährt. Daß aber ein Protocoll nicht gehörig zu Stande gekommen ist, wenn demselben die Namensunterschrift einer bei der Aufnahme derselben nothwendigen Person fehlt, ist nach dem §. 45. Tit. 2. Thl. II. der A. G.-O. und dem §. 33. des Anhanges nicht zweifelhaft, ebensowenig, daß die Namensunterschrift durch die Unterzeichnung des Amtscharakters nicht ersetzt wird. Auch läßt sich nicht bestreiten, daß der Gerichtsschulze bei Verhandlungen vor dem Dorfgerichte von den amtlich mitwirkenden Personen die wichtigste und wesentlichste ist. Er ist der Vorsteher der Gemeinde; — §. 46. Tit. 7. Thl. II. des A. L.-R. — er ruft dieselbe zu den nöthigen Berathschlagungen zusammen, dirigirt die Versammlung, faßt den Beschluß ab, u. s. w. — §. 52. a. a. O. — Die Schöppen sind ihm nur beigeordnet, — §. 73. — seine Beistände in den Amtsverrichtungen, seine Stellvertreter bei Abwesenheit oder Behinderung. — §§. 76. 77. — Danach ist er auch bei Rechtshandlungen vor dem Dorfgerichte diejenige Person, welche die Verhandlung leitet; die Schöppen sind ihm nur zur mehreren Beglaubigung beigegeben. In dieser Weise faßt auch die revidirte Instruction für die Dorfgerichte vom 11. Mai 1854. (Justiz-Minister.-Bl. von 1854. S. 206.) das Verhältniß auf, indem sie im §. 16. anordnet, daß der Schulze das vom Gerichtsschreiber niedergeschriebene Protocoll den Parteien vorlesen und sie befragen soll, ob sie den Inhalt desselben ihren Erklärungen und ihrer Willensmeinung gemäß finden. Bei der Zuziehung des Gerichts-

schreibers hat, wie auch in dem Plenarbeschlusse vom 14. Juni 1847. und in dem Revisionserkenntnisse des ersten Senates vom 30. November 1863. — (Striethorst's Archiv Bd. 52. S. 133.) — angenommen wird, das Gesetz augenscheinlich darauf gerechnet, daß dieser die Urkunde nicht blos niederschreiben, sondern selbst abfassen werde. Allein daraus folgt nicht, daß er der eigentlich instrumentirende Beamte ist, die Dorfgerichtspersonen, wie etwa die Instrumentszeugen bei einem notariellen Acte, nur der größeren Beglaubigung halber der Verhandlung anwohnen, vielmehr stellen sie und vorzugsweise der Schulze die Behörde dar, welche dem Acte den amtlichen Charakter verleiht. Daher ordnen die §§. 19. und 36. der genannten Instruction an, daß das über den Hergang der Sache niedergeschriebene Protocoll von dem Gerichtsschreiber und dem gesammten Dorfgerichte unterschrieben werden soll. Nach der Bedeutung des Schulzen und seiner Stellung, gegenüber den Schöppen, ist jedenfalls seine Namensunterschrift unentbehrlich, um annehmen zu können, daß das dorfgerichtliche Protocoll in gehöriger Weise zu Stande gekommen ist. — Aus dem schon erwähnten Plenarbeschlusse vom 14. Juni 1847., auf welchen die Nichtigkeitsbeschwerde sich beruft, ergiebt sich nichts Anderes. Es handelte sich bei Fassung desselben darum, ob ein dorfgerichtliches Testament dadurch allein, daß die bei dessen Aufnahme zugezogenen Schöppen das von dem Gerichtsschreiber aufgenommene Protocoll wegen Schreibensunkunde nicht mit ihrer Unterschrift vollzogen haben, ungültig werde. Diese Frage wird verneint, weil nicht angenommen werden könne, daß bei von Dorfgerichten vorgenommenen Rechtshandlungen die Unterzeichnung aller bei einem solchen Acte mitwirkender Personen, insbesondere der zugezogenen Ge=

richtsschöppen, ein nothwendiges Erforderniß sei, da es bei dorfgerichtlichen Verhandlungen hauptsächlich nur auf die Beglaubigung ankomme und dieser Zweck auch erreicht werde, wenn die Schöppen bei der Vornahme des von dem Gerichtsschreiber niedergeschriebenen, von diesem und dem Schulzen vollzogenen Actes gegenwärtig gewesen sind und die Richtigkeit des Herganges bestätigen. — Der Plenarbeschluß setzt also ein von dem Schulzen mitvollzogenes Testaments-Protocoll ausdrücklich voraus und nimmt an, daß letzteres durch die Unterschrift des Schulzen und Gerichtsschreibers gehörig vollzogen und damit als dorfgerichtliche Urkunde in gesetzlicher Form zu Stande gekommen sei, da in den Gründen zugegeben wird, daß, namentlich mit Berücksichtigung der Bestimmungen der Declaration vom 10. Juli 1846., die Gültigkeit eines dorfgerichtlichen Testamentes von der Gesetzlichkeit der dorfgerichtlichen Verhandlung selbst insofern abhängt, als wenn diese an sich ungültig ist und der inzwischen erfolgte Tod des Testators die vorgeschriebene gerichtliche Vernehmung des Letzteren nicht mehr zuläßt, durch die von dem Richter vorgenommene Vernehmung der Mitglieder des Dorfgerichtes der Mangel nicht würde ersetzt werden können. Der gegenwärtige Fall ist in seiner Lage von dem damals vorliegenden darin verschieden, daß die dorfgerichtliche Verhandlung, welche die Erbeseinsetzung des Klägers enthält, in gültiger Weise nicht zu Stande gekommen ist, da ihr die Namens-Unterschrift des Dorfgerichts-Vorstandes und damit die Vollziehung Seitens derjenigen Person fehlt, in deren Hände die Leitung der Verhandlung gelegt war und ohne deren Unterschrift das aufgenommene Protocoll nicht als gehörig abgeschlossen angesehen werden kann.

Hiernach sind die von der Nichtigkeitsbeschwerde bezeichneten Gesetzesstellen durch die Entscheidung des Appel-

lations-Richters nicht verletzt worden und der formulirte Rechtsgrundsatz für richtig nicht anzunehmen. Daraus folgt die Zurückweisung der Beschwerde.

№ 9.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

Setzt die Geschäftsführungsklage des Geschäftsherrn voraus, daß der Verklagte in der Absicht, ein Geschäft im Interesse des Klägers vorzunehmen, gehandelt habe?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 13. §§. 228. 229.
L. 6. §. 3. D. de neg. gest. (III. 5.).

Die Wittwe L. will nach dem Tode ihres Mannes mit den Kindern vier Jahre lang die Gütergemeinschaft fort- und sodann, im Februar 1862., sich auseinandergesetzt haben. Sie behauptet, es gebühre ihr Kraft des mit ihrem Manne errichteten wechselseitigen Testamentes ein Kaufgelderbetrag von 160. Thlrn., welchen die Wittwe T. zur Gütergemeinschafts-Masse geschuldet, und welchen der Verklagte, unter dem Vorgeben, von ihr dazu ermächtigt zu sein, im October ej. unbefugter Maßen von der Wittwe T. eingezogen und für sich verwendet habe. Ihrer ferneren Behauptung zufolge, hat sie den über jene Post lautenden Schuldschein demnächst an die T. auf Verlangen zurückgegeben.

Ihr Klageantrag geht auf Verurtheilung des Verklagten zur Zahlung der 160. Thlr. nebst fünf Procent Zinsen seit dem 1. November 1862. Der Verklagte, Bauerguтsbesitzer Ludwig L., bestreitet obige Behauptungen, insbesondere die Activlegitimation der Klägerin und seine Passivlegitimation, macht event. mehrere Compensanda geltend und verlangt Verwerfung der Klage. Ohne Weiteres erkannte, diesem Verlangen gemäß, das Kreisgericht zu Cammin, weil nicht die Klägerin, sondern höchstens die T. das Gezahlte zurückfordern könne, und das Recht der ersteren von der geschehenen Zahlung gar nicht berührt werde. Das Erkenntniß wurde in der von der Klägerin beschrittenen zweiten Instanz vom Appellations-Gerichte zu Stettin am 2. April 1870. bestätigt.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin hat der vierte Senat des Ober-Tribunals am 17. Januar 1871. das Appellations-Erkenntniß vernichtet und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückverwiesen, aus folgenden

Gründen.

Implorantin sucht, nach Maßgabe des von ihr vorgetragenen Sachverhältnisses, aus den gesetzlichen Regeln über Geschäftsführung ohne Auftrag und Mandat, ein den Klageanspruch begründendes obligatorisches Rechtsverhältniß zu construiren. Sie beruft sich dabei auf mehrere Gesetzesstellen, deren Verletzung sie dem Appellations-Richter vorwirft. Ihrem Angriffe gegen das zweite Erkenntniß muß auch Erfolg zugestanden werden. Sie hat in den vorigen Instanzen behauptet: der Verklagte habe, indem er sich fälschlich für ihren Mandatar ausgegeben, die ihr gebührende Kaufgelderforderung von 160. Thlrn. von ihrer Schuldnerin T. eingezogen, und findet hierin mit Recht die Elemente der Geschäftsführung ohne Auftrag. Zwar stellt der Appel-

lations-Richter im Wege der Interpretation fest, daß, nach dem Klageinhalte, der Verklagte nicht für die Klägerin gehandelt, sondern das Geld für sich eingezogen und verwendet haben solle. Nach dieser unangefochtenen Feststellung würde der Verklagte, wenn er etwa bei der Ausführung des Geschäftes Auslagen gemacht hätte, seiner Seits die Geschäftsführungsklage nicht erheben können. Denn eine solche Klage (die actio negotiorum contraria) setzt ein mit der Absicht, im Interesse eines Anderen zu handeln und ihn zu verpflichten, unternommenes Geschäft voraus. Allein unabhängig hiervon ist die Frage, ob der Geschäftsherr die sogenannte directe Geschäftsführungsklage anstellen darf, wenn die erwähnte Absicht auf Seiten des Handelnden nicht leitend gewesen ist. Diese Frage ist zu bejahen. Sie hat bereits in den Gründen des Plenarbeschlusses vom 4. Mai 1863. (Entscheid. Bd. 49. S. 29.) eine gleiche Beantwortung gefunden. Daselbst wird Bezug genommen auf gemeinrechtliche Schriftsteller, welche dieselbe Meinung vertreten, sowie auf römische Gesetzesstellen, namentlich auf l. 6. §. 3. D. de neg. gest. (3. 5.), wo es heißt:

> Wenn Jemand nicht mit Rücksicht auf mein Interesse, sondern, zum Zwecke des eigenen Gewinnes, in raubsüchtiger Absicht (depraedandi causa) meine Geschäfte führe, so sei das eine Führung nicht sowohl meines, als vielmehr seines Geschäftes, aber nichts desto weniger, sondern grade deshalb hafte er aus der Geschäftsführung.

Also die äußerliche Thatsache, daß die geführten Geschäfte die eines Anderen sind, genügt für die directe Klage, wenn der Andere selbige anstellen, d. h. hierdurch zugleich die Geschäftsführung genehmigen will. In dem vom Imploraten allegirten Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 25. Juni 1868. (Striethorst's Archiv Bd. 60. S. 346.)

wird, was zweifellos richtig ist, gesagt, aus der einfachen Thatsache des Empfanges von Geld, welches der Schuldner an eine andere Person zu zahlen habe, folge nicht ohne Weiteres die Pflicht zur Herausgabe des Empfangenen an den wahren Gläubiger, und es werden darin allein, daß der damalige Verklagte dem Kläger gebührende Zahlungen aus einer Kasse erhoben hatte, die Voraussetzungen der negotiorum gestio nicht in der Weise angetroffen, daß der dem Appellations-Richter gemachte Vorwurf einer Verkennung der Natur und des wesentlichen Characters des zur Beurtheilung gestellten Rechtsgeschäftes zu billigen wäre. Wenn aber, wie vorliegend geschehen sein soll, der Verklagte ausdrücklich im Namen und als angeblicher Bevollmächtigter der wahren Gläubigerin, gegenüber der Schuldnerin, aufgetreten, diese mithin der irrigen Meinung gewesen ist, an einen legitimirten Repräsentanten ihrer Gläubigerin zu zahlen, so unterscheidet sich das Sachverhältniß von dem a. a. O. erörterten Falle dergestalt, daß von einer Vergleichung beider abgesehen werden muß. Demnach ist, den Klageinhalt als richtig vorausgesetzt, zwischen dem Verklagten und der T. eine Angelegenheit der Klägerin behandelt und erledigt worden. Die lediglich eigennützige Absicht, welche dabei der Verklagte gehegt hat, steht der Zulässigkeit der angestrengten Klage nicht im Wege. Denn mit dem Principe der oben mitgetheilten l. 6. §. 3. befindet sich, wie auch in den Gründen des angezogenen Plenarbeschlusses entwickelt wird, die landrechtliche Begriffsbestimmung der Geschäftsführung, namentlich in der Fassung der von der Implorantin als verletzt bezeichneten §§. 228. 229. Thl. I. Tit. 13. des A. L.-R., im Einklange. Diese Paragraphen erklären denjenigen, welcher sich in die Geschäfte eines Anderen mischt, dem Anderen bedingungslos für verantwortlich, und erst im

weiteren Verlaufe des zweiten Abschnittes Tit. 13., insbesondere in den §§. 234. 238., wo nicht die Klage des Geschäftsherrn, sondern die des Gerenten, in Frage steht, ist von der denselben leitenden Absicht die Rede. Der Appellations-Richter, welcher in den Schriftsätzen der Klägerin die Behauptung, Verklagter habe im Interesse der Klägerin handeln wollen, vermißt und deshalb sagt: eine Geschäftsführung ohne Auftrag liegt nicht vor, weil der Verklagte nicht für die Klägerin gehandelt, sondern das Geld unbefugter Weise für sich eingezogen und verwendet haben soll, begeht nach den vorstehenden Erwägungen durch Nichtanwendung der citirten §§. 228. 229. einen rechtsgrundsätzlichen Verstoß, weshalb sein Erkenntniß gemäß §. 4. Nr. 1. der Verordnung vom 14. December 1833. der Vernichtung unterliegt.

In der Sache selbst kann nicht entschieden werden, weil es der Beweisaufnahme über den Eingangs unterstellten, vom Verklagten bestrittenen Sachverhalt und der Erörterung der beiderseitigen Sachlegitimation bedarf, auch die Prüfung der Frage, ob auf die eventuellen Compensanda, nach Maßgabe der Klagebeantwortung, einzugehen ist, dem Instanzrichter überlassen werden muß. Wird jener Sachverhalt dargethan und der Legitimationspunkt berichtigt, so ist die Verbindlichkeit des Verklagten zur Herausgabe der eingezogenen Summe eine selbstverständliche Folge des Wesens der negotiorum gestio, sie ergibt sich auch aus der dem Geschäftsführer im §. 256. l. c. auferlegten Pflicht, genaue Rechenschaft abzustatten, welche nur die Klarstellung des zu realisirenden Saldo's bezweckt. Darum ist es nicht erforderlich, auf die Behauptung der Klägerin, schon vor Beginn des Processes die Geschäftsführung genehmigt zu haben, zu rücksichtigen und sodann mit der Implorantin auf die

§§. 61. ff. Thl. I. Tit. 13. des A. L.-R. zurückzugreifen, und zwar um so weniger, als die Genehmigung durch die Anstellung der Klage deutlich ausgedrückt sein würde.

Es war also die Sache zur Beweisaufnahme, sowie zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den ersten Richter zurückzuverweisen.

№ 10.

Beneficium ordinis.

Ist die Bestimmung des §. 298. Tit. 14. Thl. I. des A. L.-R. über den Wegfall der Vorausklage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, in dem Falle, wenn der Hauptschuldner seinen Wohnsitz aus Königlichen Landen in ein anderes Staatsgeblet des Norddeutschen Bundes verlegt hat, durch Art. 3. der Verfassung des Norddeutschen Bundes für aufgehoben zu erachten?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 14. §. 298.
Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 26. Juli 1867. Art. 3. (Bundes-Gesetzblatt des Nordd. Bundes 1867. S. 3.)

Der Restaurateur B. miethete und bezog am 1. April 1868. verschiedene Räumlichkeiten im Hause des Schneidermeisters F. zu Oschersleben. Letzterer verkaufte im Juli 1868. sein Haus an den Handelsmann W. mit der Maßgabe, daß die Uebergabe am 1. October 1868. stattfinden

sollte. W. einigte sich mit dem Miether B. dahin, daß dieser, gegen ein von W. zu zahlendes Abstandsgeld von 80. Thlrn., am 1. October 1868. die von ihm inne gehabten Localitäten räumen sollte und F. übernahm die Bürgschaft für die 80. Thlr. mittelst eines schriftlichen Reverses. B. zog am 1. October 1868. aus, W. übernahm aber das Haus nicht und zahlte auch die 80. Thlr. nicht, und verzog nach Illerstadt im Herzogthume Anhalt. B. hat deshalb im gegenwärtigen Processe aus jenem Reverse den F. als Bürgen nach dem §. 298. Tit. 14. Thl. I. des A. L.=R., mit Uebergehung des Hauptschuldners, auf Zahlung der 80. Thlr. mit fünf Procent Zinsen seit dem 1. October 1868. belangt. Der Verklagte wendete, unter Anderem, das beneficium ordinis ein, indem er der Meinung war, daß der §. 298. l. c. durch den Art. 3. der Verfassung des Norddeutschen Bundes in dem Falle aufgehoben sei, wenn der Hauptschuldner seinen Wohnsitz aus Preußen in ein anderes, zum Norddeutschen Bunde gehöriges, Staatsgebiet verlegt habe. In Uebereinstimmung mit dem ersten Richter, dem Kreisgerichte zu Halberstadt, verwarf das Appellations=Gericht daselbst, in dem Erkenntnisse vom 13. Juli 1870., diesen Einwand, und die vom Verklagten hiergegen erhobene, auf eine Verletzung der §§. 283. 298. Tit. 14. Thl. I. des A. L.=R. und den Art. 3. l. c. gestützte, Nichtigkeitsbeschwerde ist vom vierten Senate des Ober=Tribunals durch Erkenntniß vom 24. Januar 1871. zurückgewiesen worden, aus folgenden

Gründen.

Der Art. 3. der Norddeutschen Bundes=Verfassung hat für den ganzen Umfang des Bundesgebietes ein gemeinsames Indigenat mit der Wirkung geschaffen, daß der Angehörige eines jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate als Inländer zu behandeln, demgemäß auch in Betreff der

Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes dem Einheimischen gleich zu behandeln ist. Hierdurch sind die Unterschiede aufgehoben, welche nach den Gesetzen einzelner Bundesstaaten von deren Gerichten bei der processualischen Behandlung der Recht nehmenden Partei zwischen Staatsangehörigen und anderen Personen gemacht werden sollen, und es fallen namentlich die Unterschiede fort, welche nach Particulargesetzen in dieser Richtung für die Bestimmung des Gerichtsstandes gelten. Nach Preußischen Gesetzen hängt aber der Gerichtsstand nicht von dem Indigenate und von dem Umstande ab, daß der Verklagte vor Gericht als Inländer zu behandeln ist, vielmehr beruht er auf verschiedenartigen factischen Voraussetzungen, namentlich auf dem Wohnsitze und seine Regelung für einen Preußen, sowie jeden anderen Norddeutschen, erfolgt, abgesehen von der Staatsangehörigkeit, so daß der Fall möglich ist, daß selbst ein Preuße, dem der Wohnsitz im Preußischen Gebiete und andere Voraussetzungen zu seiner Belangung vor einem Preußischen Gerichte abgehen, vor dem letzteren nicht verklagt werden kann. Der Art. 3. l. c. unterwirft daher nicht jeden Norddeutschen dem Gerichtsstande vor Preußischen Gerichten und entscheidet nicht darüber, ob er dort belangt werden kann. Wenn nun der §. 298. Tit. 14. Thl. I. des A. L.-R. bei der Bürgschaft für die Beseitigung der Vorausklage gegen den Hauptschuldner nur die Bedingung aufstellt, daß der Hauptschuldner nicht mehr in Königlichen Landen belangt werden kann, so enthält diese Bedingung ein ganz anderes Erforderniß, als worüber jener Art. 3. handelt, und die Frage, ob sie im gegebenen Falle vorliegt oder nicht, kann nicht aus dem Art. 3. beantwortet werden. Letzterer berührt überhaupt nicht den im §. 298. Tit. 14. als Bedingung hingestellten Fall und beseitigt daher nicht die dort für diesen Fall gegebene Vorschrift.

Es folgt hieraus, daß der zweite Richter, indem er jenen Art. 3. für einflußlos erachtete und den §. 298., nicht §. 283., Tit. 14. l. c. zur Anwendung brachte, gegen diese Gesetze nicht gefehlt hat.

№ 11.

Pfandgeld nach der Feldpolizei-Ordnung.

Kann der Nutzungsberechtigte eines Grundstückes, auch dem Eigenthümer desselben gegenüber, Pfandgeld fordern?

Feldpolizei-Ordnung vom 1. November 1847. (Ges.-S. S. 376.) §§. 4. 5. 8. 9. 11.—13. 17. 20. 33. 46. 57. 58. 60. 63.

Der Verklagte G. ist Eigenthümer einer Wiese, an welcher der Wittwe C. ein lebenslängliches Nutzungsrecht eingeräumt und solches im Hypothekenbuche eingetragen ist. Dieses Nutzungsrecht — im Jahreswerthe von 7. bis 9. Thlrn. — ist dem Kläger T. abgetreten. Vom 1. Mai bis 14. Juni 1868. und vom 1. bis 29. Juli 1869. hat das Vieh des Verklagten die Wiese behütet. Deshalb forderte der Kläger, nach vorgängiger Anrufung der Polizeibehörde, an Pfandgeld den nach den aufgetriebenen einzelnen Viehstücken berechneten Gesammtbetrag von 187. Thlrn. 6. Sgr. Der Verklagte widersprach, indem er

sich auf sein Eigenthum an der Wiese und darauf stützte, daß ihm, unter klägerischer Zustimmung, von jener Wittwe das Nutzungsrecht überlassen worden. Trotz des hierüber erhobenen Zeugenbeweises, ist jedoch der Verklagte in erster Instanz von dem Kreisgerichte zu Conitz zur Zahlung von 113. Thlrn. verurtheilt worden. Appellirend. brachte er zum Beweise der gedachten Ueberlassung Abschrift eines notariellen Abkommens vom 16. November 1867. bei, welche der Kläger nicht recognoscirte, und Einwendungen gegen die Zeugen vorschützte. Ohne Weiteres hat hierauf das Appellations-Gericht zu Marienwerder am 3. Februar 1870., unter Abänderung des ersten Erkenntnisses, den Kläger mit seiner Pfandgeldsklage zurückgewiesen. „Denn" — so sagte der zweite Richter — „die Feldpolizei-Ordnung vom 1. November 1847. bestimmt zwar, daß sowohl der Besitzer des Grundstückes, als auch derjenige, dem ein Nutzungsrecht daran zusteht, zur Pfändung berechtigt ist und Pfandgeld für die übergetretenen Viehstücke fordern kann. Damit ist aber nicht gesagt, daß diese Berechtigungen dem Nutzungsberechtigten, dem Eigenthümer des Grundstückes gegenüber, zustehen sollen. In diesem Falle kommen vielmehr die allgemeinen Vorschriften über den Schadensersatz in Anwendung, welchen derjenige zu leisten hat, der sich eine Verletzung der ihm bei Erfüllung eines Vertrages obliegenden Pflichten hat zu Schulden kommen lassen. Abgesehen hiervon, so hat der Verklagte die Wiese in der Meinung, daß er dazu befugt sei, in Besitz genommen, und der Kläger konnte daher nur auf Rückgabe der Wiese oder Wiedereinräumung seines Nutzungsrechtes und Erstattung der Seitens des Verklagten gezogenen Nutzungen, nach Vorschrift des siebenten Titels des Allgemeinen Landrechtes, klagen. Eine Forderung von Pfandgeld war unzulässig, und das ein-

geklagte Pfandgeld steht auch in gar keinem Verhältnisse zu dem Nutzungswerthe der Wiese, da Kläger anerkannt hat, daß dieselbe jährlich nur für 7. bis 9. Thlr. verpachtet worden.

Auf die von dem Kläger hiergegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 10. Februar 1871. das Appellations-Urtel vernichtet und die Sache selbst zur weiteren Verhandlung, resp. Beweisaufnahme, sowie zur demnächstigen anderweiten Entscheidung in die zweite Instanz zurückgewiesen.

G r ü n d e.

Es steht fest, daß der Verklagte Eigenthümer der Wiese ist, auf welcher ein im Hypothekenbuche eingetragenes lebenslängliches Nutzungsrecht für die Wittwe C. haftet, welche ihr Recht dem Kläger überwiesen hat. Unterstellt man mit dem letzteren, wie geschehen muß, weil dafür, nach der Anführung des Appellations-Richters, gehörig Beweis angetreten ist, daß er — der Kläger — seit 1855. dieses ihm überwiesene Recht, an Stelle der genannten Wittwe, ausübe und insbesondere zu der Zeit noch behauptet habe, als in den Jahren 1868./69. die Aufhütung von Seiten des Verklagten erfolgte, was freilich der Verklagte, welcher mit klägerischer Zustimmung schon im Jahre 1867. von der gedachten Wittwe das Nutzungsrecht wiedergewonnen haben will, unter Beweisantritt, entschieden in Abrede stellt, so sind es eines Theiles der Nutzungsberechtigte, resp. derjenige, welcher an Stelle desselben das Nutzungsrecht auszuüben sich für befugt hält, (vergl. §. 110. Tit. 21. Thl. I. des A. L.-R.), anderen Theiles der Eigenthümer der Wiese, welche darüber im Streite sich befinden, ob neben dem ersteren oder allein der letztere berechtigt ist, mit seinem Vieh die Wiese zu behüten, und ob der Eigenthümer, in Ermangelung dieser Berechtigung, durch

das, trotzdem wiederholt in längeren Zeiträumen vorgenommene, Auftreiben seines Viehes das ihm in erster Instanz auferlegte Pfandgeld verwirkt hat. Der Appellations-Richter, welcher sich dazu durch Versagung der Aufnahme des beiderseitig angetretenen Beweises selbst außer Stande gesetzt hat, befindet in keiner Weise darüber, ob der Verklagte, nach der Beschaffenheit des klägerischer Seits ausgeübten Nutzungsrechtes, zur Mitbehütung der Wiese, oder gar, in Folge der angeblichen Wiedergewinnung des vom Eigenthümer abgetretenen Nutzungsrechtes, zur ausschließlichen Behütung derselben befugt erscheint, entbindet auch den Verklagten weder aus dem einen, noch aus dem anderen Gesichtspunkte von der Erlegung des geforderten Pfandgeldes. Derselbe erachtet vielmehr die Pfandgeldsklage für gänzlich unstatthaft, weil der Nutzungsberechtigte, dem Eigenthümer gegenüber, nicht Pfandgeld, sondern nur vertragsmäßigen Schadensersatz, der Kläger von dem Verklagten, der die Wiese in der Meinung, dazu befugt zu sein, in Besitz genommen habe, blos deren Rückgabe, unter Erstattung der Nutzungen nach dem Tit. 7. Thl. I. des A. L.-R., niemals aber Pfandgeld fordern könne; wozu noch komme, daß das eingeklagte Pfandgeld in gar keinem Verhältnisse zu dem Nutzungswerthe der Wiese stehe, welche jährlich nur für 7. bis 9. Thlr. verpachtet sei. — In der solchergestalt begründeten Zurückweisung der von ihm erhobenen Pfandgeldsklage findet der Kläger mit vollem Grunde die gerügte Verletzung der §§. 4. 5. 8. 9. 11. der Feldpolizei-Ordnung vom 1. November 1847. Dieses Gesetz hat, unter Ausschließung früherer provinzieller, statutarischer und sonstiger Normen, soweit auf sie nicht ausdrücklich verwiesen ist (§. 75.), in Betreff des Uebertretens von Vieh und des unbefugten Gehens, Fahrens, Reitens und Viehtreibens über Ländereien,

(§§. 4. 41. Nr. 1. 44.), die §§. 413.—417. 425. 428. 429. 431.—436. 438.—457. Tit. 14. Thl. I. des Allg. Land-Rechtes außer Kraft gesetzt, und in dieser Beziehung dem Pfändungsrechte eine anderweitige Grundlage und Gestaltung gegeben. Um dieses, was der Appellations-Richter völlig übersehen hat, näher darzulegen, ist, unter gleichzeitiger Benutzung der eingesehenen legislativen Materialien, Folgendes hervorzuheben:

Das Recht der außergerichtlichen Pfändung, ein dem Pfandrechte verwandtes Recht, gründet sich wesentlich in deutsch-rechtlicher Gewohnheit, wenn gleich diese Pfändung auch in ältester römischer Zeit üblich war und erst späterhin verboten, selbst mit Strafen bedroht worden ist. (Gaji Inst. IV. 32., l. 39. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9. 2.), und Nov. 52. pr. c. 1.). In den deutschen Rechtsbüchern finden sich völlig übereinstimmende Vorschriften über dieses Institut, welches sich vermöge allgemeiner Gewohnheit, trotz der entgegenstehenden Bestimmungen des späteren römischen Rechtes, im Ganzen in seiner ursprünglichen Gestalt, unter dem Namen der Pfändung oder Schüttung, vorzugsweise wegen des Schadens erhalten hat, den fremde Personen oder Thiere an fremden Grundstücken verübt haben, oder zur Erhaltung und zum Schutze des Besitzes gegen künftige derartige Beeinträchtigungen, sowie zum Beweise der Entschädigung. (Wilda, das Pfändungsrecht in Reyscher's Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 1. S. 172. ff., Gerber, deutsches Privatrecht, §§. 70. 71., S. 161.—164., Entscheid. des Ober-Tribunals Bd. 24. S. 359.). Schon von den practischen Juristen des 17. Jahrhunderts wird es anerkannt, daß hier eine auf alter Gewohnheit beruhende, deutsche Rechtssitte vorliege, welche gemeinrechtliche Geltung behauptet habe.

So sagt z. B. Mevius (ad jus Lubec. Lib. III. Tit. 11. ad rubr. No. 10. p. 372.):

Ex generali fere consuetudine Germaniae . . . pignorationes pecudis alienae, donec de damno dato nobis satisfiat, ubique permittuntur;

und Stryk (de jore pign. c. 1. §. 38.), der viele Schriftsteller dafür namhaft macht, bemerkt demnächst:

multos alios auctores hic cumulare liceret, nisi jam tum consuetudo haec fere nota, ubique in vulgus esset.

Das Allgemeine Landrecht hat, im Gegensatze zu den, in den meisten Provinzialrechten erhalten gebliebenen, Grundsätzen des deutschen Rechtes (v. Scholz — Hermsdorff, Provinzialrecht der Kurmark, §§. 33.—53., Motive S. 158. bis 162.; Götze, Provinzialrecht der Altmark, §§. 23.—63., Mot. S. 114. ff.; v. Klewitz, Magdeburger Provinzialrecht. §§. 15.—40., Mot. S. 44.—53.; Neuvorpommersches Provinzialrecht, §§. 265. — 266., Mot. S. 259.) das Pfändungsrecht erheblich beschränkt, indem es die Pfändung überhaupt nur insofern für zulässig erklärt, als ohne dieselbe der Zweck der Sicherstellung wegen eines schon erlittenen Schadens, oder der Abwendung noch bevorstehender Beeinträchtigungen durch richterliche Hülfe nicht erlangt werden kann, und dann insbesondere die Pfändung nur in solchen Fällen gestattet, wenn der Beschädiger oder Störer unbekannt, unsicher oder ein Fremder ist, der innerhalb der Provinz nicht belangt werden kann, oder wenn die Pfändung das einzige Mittel ist, sich des Beweises der geschehenen Beeinträchtigung oder des erlittenen Schadens zu versichern. (§§. 414.—416. Tit. 14. Thl. I. des A. L.-R.). Diese Vorschriften, welche sich schon in dem gedruckten Entwurfe zum Allgemeinen Gesetz-Buche vorfinden, sind theils aus der Anwendung der allgemeinen Bestimmung über die Selbst-

hülfe (Einl. §§. 77. 78., und Thl. I. Tit. 7. §. 142.) auf die Pfändung, theils aus der damals bei einigen Rechtslehrern, wie z. B. Leyser (med. CXI. §. 7.) herrschenden Ansicht hervorgegangen, daß die Pfändung als eine Art der Privatgewalt möglichst zu beschränken und nur ausnahmsweise zu gestatten sei.

Dabei scheint Leyser fast wörtlich extrahirt zu sein, welcher sich also (ibid. §. 1.) ausdrückt:

Si is, qui damnum patitur, alia ratione restitutionem ejus consequi non possit, e. g., si dominum pecoris, quod damnum dedit, ignoret, vel si is de fuga suspectus, aut in aliam remotiorem provinciam, in quam persecutio difficilis, abire paratus sit.

In seinem streng durchgeführten Systeme hat das Allg. Landrecht von demjenigen Pfändungsrechte, welches nach deutsch-rechtlichen Begriffen als die Regel und als unbeschränktes Recht zur Wahrung des Grundbesitzes galt, nur solche einzelne Befugnisse aufrecht erhalten, welche der Privathülfe auch schon allgemein einzuräumen waren, ohne dabei auf die Zweckmäßigkeit der herkömmlichen Pfändung und auf die besonderen Gründe, welche grade dieser Art der Selbsthülfe Eingang und Geltung verschafft hatten, gebührende Rücksicht zu nehmen. — Da die auf dem vom Allg. Landrechte betretenen Wege, insoweit Provinzialrechte nicht dazwischentreten, (vgl. Entsch. Bd. 6. S. 82.), herbeigeführte Umwandelung und Zerstörung des altbewährten deutschen Rechts-Institutes der Pfändung schon bei Gelegenheit der allgemeinen Gesetz-Revision keine Billigung fand, (vgl. die Motive zum bürgerlichen Gesetzbuche, Thl. II. Sachenrecht, S. 533. ff.) und man sich überzeugte, daß durch das eigene Sicherungsmittel der Pfändung die Achtung für den Grundbesitz am sichersten erhalten werde, während

es ohne dasselbe an einem überall wirksamen Schutze gegen rechtswidrige Eingriffe fehle, so lag es nahe, jenen Weg zu verlassen. Daß dies mit vollem Bewußtsein geschehen ist, erhellet aus dem Protocolle der Staatsraths-Commission über die Berathung des Entwurfes der Feldpolizei-Ordnung vom 11. September 1847., worin es wörtlich heißt: „die Commission habe sich mit dem, in sämmtlichen ständischen Gutachten als richtig anerkannten Principe:

durch Wiederherstellung des älteren deutschen Pfändungsrechtes . . . die weniger zweckmäßigen Bestimmungen des Allg. Landrechtes zu modificiren,

einverstanden erklärt." (Vgl. die §§. 4. 5. und den Anhang der Feldpolizei-Ordnung.) Dabei erforderte die Regelung des Pfandgeldes, sowie der Competenz und des Verfahrens in Pfändungssachen eine besondere Fürsorge.

Das Pfandgeld, ursprünglich ein gemeinrechtliches Institut, (vgl. Wilda a. a. O. S. 305.), wird von älteren Juristen als die Buße des altdeutschen Rechtes angesehen, welche nicht deshalb, weil gepfändet worden war, auch nicht etwa wegen der bloßen Uebertretung einer allgemeinen polizeilichen Vorschrift, sondern wegen der Verletzung seines Rechtes dem Privatmanne, welchem diese zugefügt war, entrichtet werden mußte. So sagt Mevius l. c. No. 11.:

Ad tria tenetur pignoratus, cujus animalia inclusa sunt, nempe 1. ad restitutionem damni, quod pecora in agro alieno dederunt; 2. ad alimenta iis praebita, dum fuerunt pignorata, et 3. ad emendam, den Pfandschilling. Hujus certa non est summa. In terris Saxonicis aliquando ad triginta, aliquando ad quadraginta solidos extenditur; alibi unus, ein Schilling, solvitur. Consuetudo regionis in ea re semper spectari debet;

und Stryk l. c. §. 15.:

non solum vero pignoratus repetiturus tenetur damni aestimationem praestare, sed insuper quoque emendam, den gewöhnlichen Pfandschilling.

Das Allgemeine Landrecht, welches aus den in der Schlußrevision (v. Kamptz Jahrb. Bd. 52. S. 21.) von Suarez angegebenen Gründen in Betreff der Höhe des Pfandgeldes, die es ausnahmsweise im §. 67. Tit. 16. Thl. II. festsetzt, auf die Provinzialrechte verweiset (§. 439. Tit. 14. und §. 181. Tit. 22. Thl. I.) unterscheidet zwischen höherem und niederem, geringerem Pfandgelde, wobei durch Gewährung des ersteren möglichst eine besondere Schadensforderung mit den dadurch entstehenden Weiterungen abgewendet werden sollte. (§§. 444. 445. 451. 459. 460. Tit. 14. und §§. 183.—185. Tit. 22. Thl. I.) Man übersah dabei, daß das Pfandgeld, wenn es darauf berechnet ist, zugleich den Schadenersatz zu decken, dadurch seine ursprüngliche Natur verliert und zu einer Privatstrafe wird, die in der Anwendung hart werden kann, wenn eben kein besonderer Schaden entstanden ist. Es müssen nothwendig Collisionen entstehen, wenn dasselbe Pfandgeld, statt des Schadenersatzes und ohne Rücksicht auf einen zugefügten Schaden, soll gefordert werden können. (Vgl. die Gesetz-Revision Pens. XIV. Mot. S. 69.—70.) Dessen ungeachtet gingen die späteren Verordnungen für Ost- und Westpreußen vom 1. Mai 1803. (von Rabe, Sammlung ꝛc. Bd. 7. S. 448., und Ges.-Samml. von 1844. S. 105. §. 8.), für Südpreußen vom 18. Mai 1804. (vgl. Entsch. Bd. 3. S. 135.) und für die Kurmark, Neumark und Pommern vom 8. April 1806. (v. Rabe, B. 8. S. 505.) noch weiter, indem sie, nach Festsetzung des für jede Thier-

art besonders bestimmten hohen und niedrigen Pfandgeldes, wörtlich vorschrieben:

§. 4. Dieses Pfandgeld muß für jedes Stück Vieh erlegt werden, welches auf dem fremden Revier angetroffen wird, auch selbst in dem Falle, wenn keine Pfändung wirklich vorgenommen worden, sobald nur das Uebertreten geschehen und gehörig nachgewiesen ist.

§. 7. In der Regel ist unter dem oben festgesetzten Pfandgelde der Ersatz für den durch das übergetretene Vieh verursachten Schaden mit begriffen. Will aber der Beschädigte sich damit nicht begnügen, so steht ihm zwar frei, besonderen Schadenersatz, nach der Abschätzung vereideter Sachverständiger, zu fordern; er kann alsdann aber außerdem nicht das oben bestimmte hohe Pfandgeld, sondern nur das niedrige, und zwar auch nur für die wirklich gepfändeten Stücke Vieh verlangen.

Der neue Grundsatz, daß von jedem übergetretenen, wenn gleich nicht gepfändeten, Stücke das Pfandgeld gefordert werden könne, war schon zum Theil in dem gedruckten Entwurfe zum Allgem. Gesetz-Buche vorgeschlagen, wurde aber angefochten und als unrichtig erkannt, weil bereits am 17. October 1751. (Mylius nov. corp. const. pro 1751. p. 159.) bestimmt worden, daß blos für die gepfändeten Stücke das Pfandgeld gefordert werden dürfe. (Gesetz-Revision, Motive Thl. II. Sachenrecht S. 544.) Wilda a. a. O. S. 300. glaubt, in den eben aufgeführten Verordnungen, in denen die Bestimmungen über das Pfandgeld den Mittelpunkt der Pfändungsanordnungen bildeten, habe dasselbe vorzüglich den Charakter einer Privatstrafe, was daraus sich erkläre, daß man in den betreffenden

Districten von Alters her den Gebrauch der Entrichtung eines Pfandgeldes vorgefunden, dessen Größe nicht allein an den verschiedenen Orten sehr verschieden gewesen, sondern dessen Bedeutung man sich auch offenbar nicht gehörig zu erklären gewußt habe. Dies könne um so weniger Wunder nehmen, als über das Wesen des Pfandgeldes überhaupt, welches sich nur in einigen Gegenden von Deutschland, und zwar meist in den nordöstlichen, im Gebiete des sächsischen Rechtes, erhalten zu haben scheine (S. 310.), die unbestimmtesten und unklarsten Vorstellungen herrschten. Götze (Altmärk. Provinzialr. Thl. I. S. 114.) meint, das sogenannte kleine Pfandgeld, worin nicht zugleich der Schadenersatz mit enthalten ist, werde dem Pfändenden für die Mühe des Abpfändens entrichtet; was wohl aus einer Verwechselung mit Pfandgebühren, die manche Gesetze den öffentlichen Pfändern, namentlich Forstbedienten, zuzubilligen pflegen, entstanden ist. (Wilda, S. 308.). Bornemann (Syst. Bd. 1. S. 439.) weist auf die Abweichung jener Verordnungen von den Principien des Allg. Landrechtes mit dem Bemerken hin, daß in Folge des neuen Grundsatzes der Pfänder sich mitunter ein höchst exorbitantes lucrum verschaffen könne. Dieser Gesichtspunkt kam im Jahre 1837. bei den Verhandlungen über das Märkische Provinzialrecht mit den ständischen Deputirten zur Sprache. Ein Mitglied der letzteren, der Justizrath Burchard, legte, unter Beifügung seiner Manualacten in drei Pfändungsprocessen, umständlich dar, daß die bezügliche Bestimmung der Verordnung vom 8. April 1806. als ein modus acquirendi benutzt werde, dieselbe auch völlig inconsequent erscheine. Denn Pfandgeld könne grundsätzlich nur dann gefordert werden, wenn wirklich gepfändet worden sei. Wo nicht gepfändet worden, könne nur

Schadensersatz gefordert werden. In Betracht dessen wurde der Antrag auf Beseitigung jener Bestimmung in der Conferenz vom 30. November 1837. angenommen. (Vgl. die gedachten Verhandlungen, H. 3., Berlin 1838. S. 15. bis 16. und 38. bis 44.) Offenbar kann dieselbe zu Mißbräuchen und Unbilligkeiten führen, indem in Folge dersel ben der Verletzte, wenn er überhaupt irgendwie beschädigt worden, häufig weit mehr, als ihm an Schadensersatz wirklich gebührt, ohne daß er gepfändet zu haben braucht, durch die dennoch eintretende Gewährung des Pfandgeldes zu erhalten vermag. Mit Rücksicht hierauf wurde bei der Berathung der Feldpolizei-Ordnung im Staats-Ministerium insbesondere von dem Justiz-Minister v. Savigny, um exorbitanten Forderungen und einem bloßen lucrum zu begegnen, vorgeschlagen: der Ansicht der Märkischen Deputirten entgegen, zwar das Pfandgeld für jedes übergetretene Stück Vieh, möge eine Pfändung wirklich vorgenommen sein oder nicht, entrichten zu lassen, dem Eigenthümer des Viehes aber den Beweis eines geringeren Schadens, als das hohe Pfandgeld betrage, nachzulassen.

Dieser Vorschlag fand aber keine Billigung und auch die Staatsraths-Commission dehnte, in der Erwägung: daß es darauf ankomme:

> weitläuftigen und kostspieligen Ausmittelungen des Schadens und oft schwer zu substantiirenden Entschädigungsforderungen vorzubeugen, das Verfahren über den Civilanspruch des Beschädigten zu vereinfachen und abzukürzen, auch bei der einfachen Gestaltung der Rechtsverhältnisse die Entscheidung über das Pfandgeld den Ortspolizeibehörden anzuvertrauen,

die Vorschriften der §§. 4. und 7. der oben genannten älteren Verordnungen auf alle Landestheile aus, in denen

das Allg. Landrecht gilt, wobei nur der letzte Satz des §. 7. eine Modification erlitten hat. (Vgl. die §§. 8. 11. der Feldpolizei-Ordnung.)

Was die Competenz und das Verfahren in Pfändungssachen anlangt, so unterscheidet das Allg. Landrecht, je nachdem die Pfändung wegen zugefügter Beschädigung oder zum Schutze gegen künftige Beeinträchtigungen vorgenommen worden ist. Im ersteren Falle muß das competente Ortsgericht den Schaden sofort untersuchen und abschätzen, auch den gegenwärtigen oder in der Nähe befindlichen Gepfändeten dazu vorladen. Meldet sich derselbe nicht, auch nicht binnen drei Tagen nach der Abschätzung, so wird das Pfand versteigert und die Loosung zur Befriedigung des Pfänders verwendet. (§§. 433.—445. Tit. 14. Thl. I.) Meldet er sich und widerspricht der Rechtmäßigkeit der Pfändung, so muß er zum rechtlichen Gehör verstattet werden, wobei aber das Gericht des Ortes, wo die Pfändung vorgenommen ist, für alle daraus entstehenden Streitigkeiten als competentes Forum gilt. (§§. 446. bis 450. a. a. O.) Im zweiten Falle hat der Richter des Pfändungsortes die Parteien nur summarisch zu vernehmen, beziehentlich die Rückgabe der Pfänder, gegen Ertheilung einer Recognition über die erfolgte Pfändung, zu bewirken, während darüber, ob dem Pfändenden das prätendirte Recht wirklich zustehe und zur Sicherung gegen künftige Beeinträchtigungen dieses Rechtes die Pfändung nothwendig gewesen sei, derjenige Richter zu entscheiden hat, welcher in dem Streite über das vermeintliche Recht des Pfänders an sich competent ist. (§§. 451.—457. a. a. O.) Hiernach war also, der Regel nach, das ganze Pfändungsverfahren in die Hände des Richters an dem Orte gelegt, wo die Pfändung vorgenommen worden. Dies führte, da die

meisten Pfändungen auf dem platten Lande oder in kleinen Ackerstädten vorfallen, bei der früheren Patrimonialgerichts-Verfassung mancherlei Uebelstände mit sich, weshalb das Westpreußische Untergerichts-Reglement vom 20. August 1802. §. 2. litt. i. alle Pfändungssachen, insofern der Beschädigte sich mit dem Pfandgelde begnügt und nicht besonderen Schadenersatz fordert, an die Polizeibehörden, in Bauerdörfern an die Dorfgerichte, wies; anderen Falles sollte die Cognition der Gerichte eintreten, den Polizeibehörden aber auch dann die Schadensermittelung verbleiben; und gleiche Bestimmungen traf das Reglement für die Untergerichte im Bromberg'schen Departement vom 22. April 1806. §. 2. lit. h. (N. C. C. de 1806. S. 74.). Bornemann (Syst. Bd. 1. S. 439.—440. Anm. *) erachtet es für zweckmäßig, wenn eine ähnliche Anordnung für den ganzen Preußischen Staat getroffen und sogar noch weiter gegangen würde, indem man die Regulirung der Pfändungssachen den Polizeiobrigkeiten oder den Dorfgerichten, insofern deren Mitglieder oder die ganze Gemeinde nicht dabei interessirten, unbedingt überwiese und nur in Fällen, wo der Betrag dessen, was der Gepfändete zahlen müsse, eine gewisse Summe überstiege, die Provocation auf rechtliches Gehör verstatte.

Nun läßt es sich nicht in Abrede stellen, daß die Ortspolizeibehörde meist geeigneter zur Behandlung des Pfändungsstreites und zur Ergreifung der Maßregeln ist, welche damit unmittelbar in Verbindung stehen, als das Ortsgericht. Alle diese Maßregeln, wie die Abschätzung des etwanigen Schadens, der Verkauf der Pfandstücke, die Aussonderung und die Rückgabe überflüssiger Pfandstücke, die Abmessung der erforderlichen Caution u. s. w., erfordern nicht allein ein ungesäumtes Einschreiten, wie es in den wenigsten Fällen durch den competenten Richter möglich ist, sondern auch

eine mit der Qualification für sachverständige Beurtheilung nothwendig verbundene, unmittelbare und persönliche Kenntniß der Verhältnisse, z. B. der Grundstücke, der Fruchtbestellung. In Betracht dessen und da die erwähnte Bestimmung des Westpreußischen Untergerichts-Reglements schon durch die Allerhöchste Order vom 1. April 1839. auf die ganze Provinz Preußen ausgedehnt worden war, ist in der Feldpolizei-Ordnung der Pfändungsproceß in den gewöhnlichen — einfachen, mehr polizeilich und summarisch abzumachenden — Fällen zum Ressort der Polizeibehörde, dagegen in folgenden Fällen zum Ressort der Gerichte gewiesen:

1. wenn von Seiten des Gepfändeten oder Verklagten der Rechtmäßigkeit der Pfändung oder der Forderung des Pfandgeldes aus dem Grunde widersprochen wird, weil er ein Recht zu der von ihm vorgenommenen Handlung behauptet, indem dann der Begriff einer Beschädigung und Contravention fortfallen würde, so daß über den Einwand ein civilrechtliches Verfahren in petitorio oder auch, — wie bei der Berathung ausdrücklich hervorgehoben worden, — in possessorio einzuleiten bleibt;
2. wenn es dabei nicht blos auf Pfandgeld (Privatstrafe) und Kosten, sondern auf besonderen Schadensersatz abgesehen ist und hierdurch ein rein civilrechtliches Verfahren nebst einer vollständigen und daher auch weitläuftigeren Rechtserörterung vom Beschädigten oder Verletzten provocirt wird. (§§. 57. 58. und folg. der Feldpolizei-Ordnung.)

Tritt man nunmehr den Argumenten des vorliegenden Appellationsurtels im Einzelnen näher, so verkennt dasselbe neben der, den Charakter einer Delicts- und Schadensersatz-Klage an sich tragenden Natur der Pfandgeldklage, welche

namentlich auch in der dreimonatlichen Verjährungsfrist (§. 46., Abs. 2. a. a. O.) hervortritt, daß diese Klage dem durch das Uebertreten allein schon Verletzten oder Beschädigten gegen jeden Eigenthümer oder Besitzer des übergetretenen Viehes zusteht. (§§. 8. 11. 12. 13. 17. 20. 33. 46. 57. 58. 60. 63. der Feldpolizei Ordnung.) Es verhält sich in dieser Beziehung nicht anders, wie nach gemeinem Rechte. Permissum est cuilibet pignorare ob damnum sibi datum, sagt Mevius a. a. O. Nr. 12.; Omnem illum, ad quem damnum datum spectat, pignorando damnum a se avertere posse, bemerkt Stryck l. c.; und die älteren Practiker haben daher gar kein Bedenken, daß die Pfändung selbst gegen den Eigenthümer des Grundstückes geübt werden kann, sowie daß umgekehrt der Eigenthümer den Servitutberechtigten pfänden darf, wenn dieser die Grenzen seines Rechtes überschreitet, z. B. eine zu große Zahl Vieh oder krankes Vieh auftreibt, oder zu unrechter Zeit die Weide gebrauchen will. (Wilda, S. 265.). Erwähnt doch Scheplitz consuet. Marchicae pag. 668. schon eines Urtels des Kammergerichtes vom Jahre 1595., wonach die Unterthanen ihre Junker pfänden können: quod etiam subditus animal vel pecus domini ob pauperiem sibi factam pignorare possit. —

Hiernach erweiset sich der Hauptabweisungsgrund des vorigen Richters als ein der Feldpolizei-Ordnung widerstreitender. Wenn derselbe außerdem, wovon freilich in den Acten nicht die Rede ist, also im Verstoße wider den Art. 3. Nr. 1. der Declaration vom 6. April 1839., darauf Gewicht legt, daß Verklagter die fragliche Wiese opinione juris in Besitz genommen habe, so läßt er außer Acht, daß der Sachbesitz ihm vor, wie nach, ungeachtet des an der Wiese bestellten Nutzungsrechtes, verblieben ist, so daß eine

Aenderung nur mit der herbeigeführten Beseitigung des unvollständigen Besitzes des Nutzungsberechtigten, resp. des Stellvertreters desselben — des Klägers — hätte erfolgen können; welche Beseitigung indessen von dem Appellations-Richter ganz und gar nicht unterstellt wird. Daß es endlich darauf durchaus nicht ankommt, ob das geforderte Pfandgeld mit dem Nutzungswerthe der beregten Wiese im Mißverhältnisse stehe, erhellt aus der obigen Darlegung, indem das Pfandgeld nach dem §. 11. der Feldpolizei-Ordnung zwar, sofern der Verletzte sich dabei beruhigen will, die Stelle des Schadensersatzes vertritt, keinesweges aber von der Höhe des angerichteten Schadens abhängig und in der Eigenschaft als Privatstrafe selbst dann verwirkt ist, wenn überhaupt durch das Uebertreten ein Schaden nicht erwachsen sein sollte (vergl. Entscheidungen Bd. 31. S. 402.—405., Bd. 37. S. 116.—117., Striethorst's Archiv Bd. 19. S. 295.).

Dem zufolge erscheint das angefochtene Urtel überall als hinfällig. In der Sache selbst bedarf es mit Rücksicht darauf, daß, in Ermangelung anderweitiger Constituirung, das Nutzungsrecht mit Einschränkung zum Besten des Eigenthümers aufzufassen sein würde, (§§. 15. bis 19. Tit. 19. und §§. 31.—89. Tit. 22. Thl. I. des A. L.-R.), der näheren Ermittelung in Betreff der Bestellung jenes Rechtes, sowie eventuell der Aufnahme des Eingangs erwähnten, von beiden Theilen angetretenen erheblichen Beweises, wonächst anderweit in zweiter Instanz zu entscheiden ist.

№ 12.

Lübisches Recht: „Hand muß Hand wahren."

Steht dem Vindicationsanspruche des Eigenthümers, der die ihm zugehörige Sache einem Dritten geliehen hat, der Grundsatz des Lübischen Rechtes: „Hand muß Hand wahren" in dem Falle entgegen, daß die geliehene Sache bei dem Commodatar auf Antrag eines Gläubigers desselben im Wege der Execution abgepfändet ist und der Eigenthümer gegen den Gläubiger seines Commodatars auf Freigebung der gepfändeten Sache klagt?

Lübisches Recht Buch III. Tit. 2. Art. 1. und 2.

Auf Antrag des Verklagten M. sind wegen einer gegen den Gastwirth W. erstrittenen Forderung verschiedene, in dem Gewahrsam des W. befindliche Mobilien abgepfändet. Der Kläger B. hat das Eigenthum an diesen Mobilien in Anspruch genommen und auf Anerkennung seines Eigenthumes und Freigebung der gepfändeten Sachen gegen M. geklagt. Er behauptet, die Gegenstände von dem Exequenden W. mittelst schriftlichen Vertrages vom 5. November 1868. gekauft, durch das darin erklärte constitutum possessorium übergeben erhalten und dem W. leihweise überlassen zu haben. Der Verklagte hat den Vertragsabschluß, die Uebergabe und das Eigenthum des Klägers bestritten und durch Eidesdelation unter Beweis gestellt, daß der Vertrag vom 5. November 1868. zum Scheine geschlossen sei. Nach erhobenem Beweise über den Abschluß des im Originale vor-

gelegten Kaufvertrages hat das Kreisgericht zu Stralsund die Verurtheilung des Verklagten von der Ableistung eines dem Kläger darüber auferlegten Eides abhängig gemacht, daß er die streitigen Gegenstände nicht zum Scheine, sondern in der ernstlichen Absicht, das Geschäft abzuschließen, von W. am 5. November 1868. gekauft und auf die im Contracte angegebene Weise übergeben erhalten habe.

Auf die Appellation des Verklagten hat jedoch das Appellationsgericht zu Greifswald am 20. Mai 1870. den Kläger gänzlich abgewiesen. Die Entscheidung des Rechtsstreites, — so führt der Appellations-Richter aus, — hänge von dem Umfange ab, welcher der Geltung der Rechtslehre des Lübischen Statutes: „Hand muß Hand wahren," gegenüber der Vindication dessen, der die von ihm gekaufte Sache leihweise in der Gewahrsam des Verkäufers gelassen habe, zu geben sei? Die gedachte Rechtsregel schließe die Vindication des Commodanten gegen den aus, an den der Commodatar die geliehene Sache verkauft, vergeben, versetzt oder sonst alienirt habe. Nach dem Wortlaute des Lübischen Statutes in Buch III. Tit. 2. Art. 1. und 2. könne es zweifelhaft sein, ob die Rechtsregel auch dem zur Seite stehe, der, dem in der Detention der Sache als Commodatar verbliebenen Verkäufer gegenüber, ein pignus in causa judicati captum erworben habe. Die Frage müsse jedoch nach der ratio der Rechtsregel bejaht werden. Nach dieser ratio solle für den Commodanten die Verfolgbarkeit seines Anspruches gegen den Dritten, der von dem Commodatar die Sache erworben oder gegen denselben ein dingliches Recht erlangt habe, ausgeschlossen sein; der Commodatar, in dessen Sphäre die Herrschaft über die Sache in die Erscheinung trete, solle als Eigenthümer der Sache im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehres gelten, und der Commodant solle,

den Fall des Diebstahles und Raubes ausgenommen — nach dem Satze „da Jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wiederum suchen“ (Art. 2. l. c.) auf das aus dem Leihvertrage gegen den Commodatar ihm zustehende Recht beschränkt sein. Dies sei auch die Auffassung Stein's (Thl. III. S. 107.—118.). Diese Erwägungen müßten, da das vom Kläger auf Grund des Kaufvertrages und des constitutum possessorium erworbene Eigenthumsrecht demselben ein Klagerecht auf Freigebung der dem pignus in causa judicati captum des Verklagten unterliegenden Gegenstände nicht gebe, zur Abweisung des Klägers führen.

Die vom Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde, gestützt auf Verletzung des Rechtsgrundsatzes: „Hand muß Hand wahren“ und der Art. 1. und 2. Tit. 2. Buch III. des Lübischen Rechtes durch unrichtige Anwendung, ist vom dritten Senate des Ober-Tribunals in dem Erkenntnisse vom 5. Dezember 1870. als begründet anerkannt. Das Appellations-Urtel ist vernichtet und das erste Erkenntniß bestätigt, aus folgenden

Gründen.

Das Lübische Recht verordnet Buch III. Tit. 2. im Art. 1.:

„Was ein Mann dem anderen lehnet, das soll er ihm unverdorben wiedergeben 2c. Verkauft, vergäbe, versetzte oder alienirte er aber das gelehnte Gut, es sei welcher Hand es wolle, so hat der Commodans oder Ausleiher keine Ansprache wider diejenigen, welchen es verkauft, vergeben, oder versetzet worden, sondern muß bei seinem Manne, dem Commodatario, dem es gelehnet, oder bei seinen Erben, auff dem Todesfall bleiben, denn Hand muß Hand wahren.“

und im Art. 2.:

„Ein jeglicher sehe wohl zu, wem er das Seine ausleihe und vertraue. Dann würde es sich zutragen, daß derjenige, dem es gelehnet und vertrauet, dasselbe verkaufte, versetzte oder sonst alienirte, will dann der Ausleiher das Gut wieder haben von dem, welchem das ausgelehnte Gut per contractum gebracht, so muß er es selbsten lösen, sonsten bleibet der es gekauft oder an sich gebracht, näher dabei, dann derjenige, welcher das Gut ausgelehnet. Dann wo Jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wiederum suchen."

Der hier ausgesprochene Grundsatz: „Hand muß Hand wahren" oder: „wo Jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wieder suchen" — besagt, daß der Eigenthümer, der seine Sache einem Anderen geliehen oder (accipientis causa) anvertraut hat, wenn von diesem die Sache an einen Dritten veräußert worden, sich an seinen Contrahenten halten muß, die Sache nicht von dem — gutgläubigen — dritten Besitzer vindiciren kann.

Der Appellations-Richter wendet diesen Grundsatz auf den vorliegenden Fall an, indem er thatsächlich feststellt: daß Kläger, welcher die streitigen Sachen von W. gekauft und mittelst des im Vertrage erklärten constitutum possessorium sich hat übergeben lassen, dieselben leihweise in der Gewahrsam des Verkäufers belassen hat, und die Vindication gegen den Verklagten, welcher, dem in der Detention verbliebenen Commodatar W. gegenüber, ein pignus in causa judicati captum an den Sachen erworben, nach der obigen Rechtsregel für unzulässig erachtet.

Eine solche Ausdehnung des Grundsatzes ist weder nach dem Wortverstande des Lübischen Statutes, noch nach dessen ratio gerechtfertigt. Der Art. 1. cit. setzt voraus, daß der Commodatar die geliehene Sache verkauft,

vergiebt, versetzt oder alienirt, also durch ein von ihm vorgenommenes Rechtsgeschäft sich der Sache entäußert. Im Art. 2. heißt es ausdrücklich: „will dann der Ausleiher das Gut wieder haben von dem, welchem das ausgelehnte Gut per contractum gebracht.“ Es läßt sich nicht annehmen, daß der Zusatz „per contractum“ ein müßiger sei. Mevius hebt in seinen Commentarii 5. ius Lubecense, in Nr. 23. zum Art. 2. besonders hervor:

> Tertio, verba juris nostri sonant de iis, qui a domino rem mediante fide ipsi habita per contractum aut actum similem acceperant, atque deinde justo contractu alienant, verbis: „welchem das ausgelehnte Gut per contractum gebracht.“

Nach seinem Wortlaute findet demnach das Statut nur dann Anwendung, wenn der Inhaber die ihm vom Eigenthümer geliehene oder anvertraute Sache durch Vertrag alienirt, nicht, wenn der Dritte, ohne Zuthun des vorigen Inhabers (des Commodatars), den Besitz der Sache oder ein dingliches Recht an der Sache erworben hat.

Geht man auf die ratio des Statutes ein, so bezweckt dasselbe, abweichend vom römischen Rechte, welches dem wahren Eigenthümer das Recht auf unentgeltliche Herausgabe der Sache gegen jeden dritten Besitzer einräumt, die Sicherheit des Eigenthumes begünstigt, die Sicherung des Verkehres, den Schutz des Besitzers, der eine Sache rechtmäßig an sich gebracht hat. Man soll mit dem zeitigen Besitzer, auch wenn er nicht der wahre Eigenthümer ist, ein Rechtsgeschäft schließen können, ohne erst das Eigenthum desselben sich nachweisen zu lassen. (Vgl. Mevius Nr. 6. zum Art. 2. l. c. und Stein, Thl. III. der Abhandlung des Lübischen Rechtes, §. 67.)

Mag man auch mit Stein, auf dessen Auctorität, unter

Hinweis auf Thl. III. S. 107.—118., der Appellations-Richter sich beruft, die Rechtsregel in den Art. 1. und 2. l. c. des Lübischen Statutes dadurch erklären, „daß der Besitzer einer Sache so lange für den Eigenthümer zu halten, donec probetur contrarium, daß, wenn der Eigenthümer den Besitz seiner Sache Jemandem verstattet, obgleich nicht in der Meinung, sich seines Eigenthumes daran zu begeben, er dennoch solches dem Anderen dadurch auf gewisse Maße ad interim aufträgt und anvertraut, daß demnach der Commodatar ad interim als Eigenthümer angesehen werde" — so führt doch diese etwas eigenthümliche Auffassung nicht dahin, daß der Commodatar in allen Fällen und in jeder Beziehung als Eigenthümer gelten müsse. Der Appellations-Richter selbst ist der Ansicht, daß der Commodatar, in dessen Sphäre die Herrschaft über die Sache in die Erscheinung tritt, im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehres als Eigenthümer der Sache gelten soll. Die Sicherheit des Rechtsverkehres erfordert aber nur, daß der Dritte, der sich mit dem Commodatar in ein Rechtsgeschäft über die diesem vom Eigenthümer anvertraute Sache einläßt, geschützt werde. Es liegt dabei auch der Gedanke zum Grunde, daß der Dritte, bei Eingehung des Rechtsgeschäftes mit dem Commodatar, vertraut, daß derselbe über die Sache verfügen darf, während das passive Verhalten des Schuldners bei der Execution in die in seiner Gewahrsam befindlichen fremden Sachen die Begünstigung des Gläubigers in keiner Weise motiviren kann. Es geht über den Zweck des Gesetzes, — den Schutz des Rechtsverkehres, — hinaus und führt zu einer nicht gerechtfertigten Schädigung des Eigenthumes, wenn man den Gläubiger, der im Wege der Execution die in der bloßen Detention seines Schuldners be-

findlichen Sachen pfänden läßt, gegen den Anspruch des Eigenthümers schützen will.

Ohne aus dem Preußischen Rechte, das durch die Vorschrift in den §§. 25. und 26. Thl. I. Tit. 15. des A. L.-R. die Sicherung des Eigenthumes und den Schutz des Verkehres zu vereinen gesucht hat, den Grundsatz des Lübischen Statutes erläutern zu wollen, läßt sich doch daran erinnern, daß, nach der Verordnung vom 7. April 1838. (Ges.-S. S. 255.), die nicht in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau ihr Eigenthum an den eingebrachten Mobilien, wenn diese im Wege einer gegen den Mann verhängten Execution in Beschlag genommen worden, durch Interventionsklage zu verfolgen befugt ist, insofern nicht die Gläubiger des Mannes schon durch Handlungen seiner freien Verfügung ein dingliches Recht daran erworben haben, und daß weiter nach der Declaration vom 21. Juli 1846. (Ges.-S. S. 326) die in dem §. 395. Tit. 21. Thl. I. des A. L.-R. dem Verpächter und Vermiether an den vom Pächter und Miether eingebrachten Sachen beigelegten Rechte eines Pfandgläubigers sich nur auf solche Sachen und Effecten erstrecken, welche dem Pächter und Miether selbst gehören oder die derselbe ohne Einwilligung des Eigenthümers zu verpfänden befugt ist.

Es erhellt daraus, daß, obwohl die neuere Gesetzgebung bei dem gesteigerten Verkehre sonst bestrebt gewesen, den Geschäftsverkehr zu schützen und den Credit zu heben, doch nicht das Bedürfniß sich gezeigt hat, den Schutz soweit auszudehnen, als es vom Appellations-Richter, in Anwendung des Lübischen Statutes, geschieht. — Der Ausdruck „versetzen“ in den Art. 1. und 2. ist, wie in den Art. 4.—9. „verpfänden, zum Pfand nehmen, setzen“, nur auf das Conventionalpfand, nicht auf das pignus judiciale zu

beziehen. Hat auch das letztere, wenn es entstanden, die Kraft eines conventionellen Pfandes, so ist doch hier die Vorfrage, ob der Gläubiger an den von seinem Schuldner detinirten fremden Sachen im Wege der Execution ein pignus in causa judicati captum erwerben, durch die Pfändung die Sache dem Eigenthümer entziehen und diesen an den Schuldner, dem die Sache geliehen oder vertraut war, verweisen kann.

Nach dem Wortlaute und der ratio des Statutes ist diese Frage zu verneinen. Die entgegengesetzte Annahme des vorigen Richters führt zur erheblichsten Schädigung des Eigenthumes.

Schon Mevius bemerkt in Nr. 18. der Summ. zum Art. 2. l. c. zutreffend:

Strictissime jus nostrum in hoc passu accipiendum, nec extra literam et terminos statuti extendendum.

Und in der Nr. 18. selbst:

Considerato autem, quam hoc axioma contrarieretur juri communi, etc. —

Ganz verfehlt ist der Einwand des Imploraten, daß die gesetzliche Zwangsvollstreckung dem Raube und Diebstahle, — den einzigen Ausnahmen des Lübischen Statutes, — nicht gleich gestellt werden dürfe.

Daß gestohlene und geraubte Sachen der Vindication unterliegen, (Art. 9. Tit. 4. lib. III., Art. 6. Tit. 1. lib. IV., Mevius, Nr. 24. und 25. zum Art. 2. Tit. 2. lib. III.), beruht auf einem anderen Grunde und bildet keine Ausnahme von der Rechtsregel in den Art. 1. und 2. Tit. 2. lib. III.

Auch im vorliegenden Falle wird eine solche Ausnahme nicht hergestellt; es fehlt vielmehr bei der executivischen Abpfändung fremder Sachen des Schuldners einfach an dem

im Art. 2. cit. bestimmt hervorgehobenen Erfordernisse, daß der Gläubiger die Sache durch einen Vertrag mit dem Commodatar an sich gebracht hat.

Die Behauptung des Imploraten endlich: daß das angefochtene Erkenntniß von der concreten Erwägung getragen werde, daß die durch constitutum possessorium geschehene Uebergabe dem Kläger ein gegen Dritte verfolgbares Recht auf die streitige Sache zu verschaffen, den Erwerb eines pignus in causa judicati captum davon auszuschließen, nicht geeignet sei, — ist unrichtig. Es beruht diese Annahme des Appellations-Richters lediglich auf der oben widerlegten Rechtsansicht.

Hiernach unterliegt das Appellations-Erkenntniß wegen Verletzung der Art. 1. und 2. tit. 2. lib. III. des Lübischen Statutes und unrichtiger Anwendung des Rechtsgrundsatzes: „Hand muß Hand wahren" der Vernichtung.

In der Sache selbst ist das erste Erkenntniß zu bestätigen. Wird durch Ableistung des dem Kläger deferirten Eides festgestellt: daß der Vertrag vom 5. November 1868., dessen Abschluß durch die Zeugen W. und F. bestätigt worden, nicht zum Scheine geschlossen ist, — so hat Kläger durch Kauf und das im Vertrage erklärte constitutum possessorium das Eigenthum an den im Vertrage bezeichneten Sachen erworben. Da die in Beschlag genommenen Sachen der Art sind, wie die am 5. November 1868. dem Kläger verkauften, so ist die Identität der streitigen und verkauften Stücke so wahrscheinlich, daß der Eid darüber dem Kläger anzuvertrauen ist. Die vom ersten Richter gewählte Eidesnorm ist zur Erledigung auch dieser Streitfrage geeignet, und die für den Fall der Leistung, beziehungsweise Nichtleistung des Eides eintretende Folge einer weiteren Begründung nicht bedürftig.

№ 13.

Zahlung. Rückgabe des Instrumentes.

Kann der zahlende Schuldner die Rückgabe des über die berichtigte Schuld ausgestellten Instrumentes unbedingt auch dann fordern, wenn das Instrument abhanden gekommen ist?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 16. §§. 125. 126.

Der Kläger R. erhielt im Jahre 1850. von dem Erblasser des Verklagten, A. v. St., dem verstorbenen Stanislaus von St., ein Darlehn von 2300. Thlrn., verpflichtete sich, dasselbe mit sechs Prozent zu verzinsen, und verpfändete zur Sicherheit für dieses Darlehn das Grundstück R. Nr. 3. in Höhe von 1200. Thlrn. nebst Zinsen und das Grundstück O. Nr. 68. in Höhe von 1100. Thlrn. Die Eintragung der 1200. Thlr. und Zinsen in das Hypothekenbuch von R. Nr. 3. erfolgte demgemäß und wurde dem erwähnten Gläubiger das darüber gebildete Document ausgehändigt. In dem Hypothekenbuche von R. stand damals schon Rubr. III. Nr. 3. eine Caution eingetragen, welche der Vorbesitzer, Ignatz W., seinen Kindern T. und F. W., zur Sicherheit für die Berichtigung der hypothekarisch nicht versicherten Nachlaßschulden bestellt hatte. Diese Caution haftete gleichzeitig auf den Grundstücken R. Nr. 11. 12. und 32. Bei der im Jahre 1860. erfolgten Subhastation des Grundstückes R. Nr. 3. wurden, nach Berichtigung der voreingetragenen und zum Theil bestrittenen Forderungen, die übrig bleibenden Kaufgelder von 2703. Thlrn. — Sgr.

1. Pf. auf die Cautionspost vertheilt, zu einer Ignatz W. Specialmasse genommen und auf die rückständigen Kaufgelder angewiesen und eingetragen. Die oben erwähnten v. St.'schen 1200. Thlr. fielen damals wegen Unzulänglichkeit der Kaufgelder aus und wurden auf die etwa frei werdenden Streit- und Specialmassen angewiesen. Bei der hiernächst nochmals stattgehabten Subhastation von R. Nr. 3. fiel noch jene Ignatz W.'sche Specialmasse von 2703. Thlrn. — Sgr. 1. Pf. nebst Zinsen aus. In der Nachtrags-Vertheilung vom 7. September 1863., und resp. vom 9. März 1864. gelangte jedoch diese Specialmasse aus einer voreingetragenen freigewordenen Streitmasse in Höhe von 768. Thlrn. 22. Sgr. 6. Pf. nebst fünf Prozent Zinsen seit dem 27. März 1862. zur Hebung, und wurde dies Rubr. III. Nr. 28. ingrossirt. Bei der Subhastation der übrigen, ebenfalls für die W.'sche Caution verpfändeten Grundstücke sind für diese Cautionsmasse, und zwar bei R. Nr. 11. — 210. Thlr. nebst Zinsen, bei R. Nr. 12. 90. Thlr. nebst Zinsen, bei R. Nr. 32: 117. Thlr. 3. Sgr. 3. Pf. zur Hebung gekommen. Durch eine Nachvertheilung einer frei gewordenen Streitmasse gelangten bei R. Nr. 3. weitere 32. Thlr. 23. Sgr. 9. Pf. und Zinsen zur Hebung. Diese Capitalien mit zusammen 1219. Thlr. 19. Sgr. 6. Pf. wurden sodann zu einer bei den Ignatz W.'schen Tutel-Acten des Gerichtes Loebau verwalteten Ignatz W.'schen Cautionsmasse baar eingezahlt. Bei der Subhastation der Grundstücke R. Nr. 11. 12. 32., welche für verschiedene, dem v. St.'schen Anspruche auf R. Nr. 3. voreingetragene Forderungen, — die bei R. Nr. 3. zur Hebung gelangten, — mit verhaftet waren, kam die v. St.'sche Post in Höhe von 310. Thlrn. 27. Sgr. 3. Pf. zur Hebung, und blieb in Höhe von 889. Thlrn. 2. Sgr. 9. Pf. unberich-

tigt, was auch auf dem Documente über den Anspruch vermerkt wurde. Der Verklagte, als Erbe des Gläubigers Stanislaus v. St., nahm nunmehr wegen seines Ausfalles Regreß gegen den Kläger, als persönlichen Schuldner, welcher auch zur Zahlung jener 889. Thlr. 2. Sgr. 9. Pf. und Zinsen seit dem 12. April 1865. rechtskräftig verurtheilt wurde.

Der Kläger hat hierauf diese Summe nebst allen Zinsen dem Verklagten im Laufe der Jahre 1866. und 1867. bezahlt und gegen denselben, nach vorgängiger fruchtloser Aufforderung, klagend dahin angetragen, ihm über die gezahlten Beträge in beglaubter Form zu quittiren, ihm die etwanigen Nebenrechte, namentlich auf die Caution, auf seine — des Klägers — Kosten abzutreten, auch seine Legitimations-Urkunden und das Dokument auszuhändigen. Nur die Herausgabe des Documentes blieb streitig; jedoch wurde der Verklagte zu derselben in beiden Instanzen, durch die Erkenntnisse des Kreisgerichtes zu Rosenberg vom 1. April 1870. und des Appellations-Gerichtes zu Marienwerder vom 12. November 1870. verurtheilt, obwohl er Folgendes geltend gemacht hatte:

Das Document sei verloren gegangen. Dasselbe habe schon in dem am 21. Februar 1861. in der D.'schen Subhastationssache von N. Nr. 3. angestandenen Kaufgelderbelegungs-Termine, in welchem die ganzen 1200. Thlr. ausgefallen seien, gefehlt und habe deshalb auch nicht mit dem Ausfallsatteste versehen werden können. Als später, vermöge voreingetragener Correalhypotheken, ein Theil der Forderung zur Hebung gekommen, sei wegen Fehlens des Documentes eine v. St.'sche Specialmasse angelegt worden. Dieselbe sei aufgeboten und dem Verklagten, unter Präclusion aller sonst etwa Berechtigten, zugesprochen und ge

zahlt worden. Auf Antrag des Verklagten sei demnächst die bei den jetzigen Proceß-Acten befindliche vidimirte Abschrift des Documentes gefertigt und auf weiteren Antrag desselben vom 4. Februar 1865. bei den Subhastations-Acten der zur Hebung kommende Betrag darauf vermerkt worden. Er — Verklagter — sei bereit, eidlich zu manifestiren, daß er das Document über 1200. Thlr. nicht besitze und niemals besessen habe.

Der Appellations-Richter führte zur Motivirung seiner Entscheidung aus:

Nach dem §. 125. Thl. I. Tit. 16. des A. L.-R. kann der Zahlende, außer der Quittung, auch noch die Rückgabe des über die berichtigte Schuld einseitig ausgestellten Instrumentes fordern. Der Kläger hat dem Verklagten die Darlehnsforderung von 1200. Thlrn., welche für dessen Erblasser Stanislaus von St. auf R. Nr. 3. Rubr. III. Nr. 14. eingetragen war, soweit sie in der Subhastation des Pfandgrundstückes ausgefallen ist, bezahlt und kann deshalb die Aushändigung des über diese Forderung gebildeten Hypotheken-Instrumentes verlangen. Darauf, ob dasselbe in der Subhastation des Pfandgrundstückes R. Nr. 3. vorgelegt ist, oder nicht, ob dasselbe vom Subhastations-Richter mit dem Ausfalls-Atteste versehen ist, oder nicht, kommt es nicht an. Ebensowenig kann hier die Frage ermittelt werden, ob der Verklagte im Besitze des Documentes ist, oder nicht. Der Kläger kann Rückgabe des unstreitig gebildeten Hypotheken-Documentes — von dem beglaubtigte Abschrift bei den Proceß-Acten ist — verlangen. Wie Verklagter es beschafft, ist seine Sache.

Die hiergegen vom Verklagten erhobene Nichtigkeits-Beschwerde hat der dritte Senat des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 17. April 1871. für begründet erklärt und,

unter Vernichtung des Appellations-Urtels und Abänderung des ersten Erkenntnisses, den Verklagten für schuldig erachtet:

entweder dem Kläger dasjenige Dokument auszuhändigen, welches über die auf N. Nr. 3. Rubr. III. Nr. 14. für den Rittergutsbesitzer Stanislaus v. St. eingetragen gewesenen 1200. Thlr. gebildet worden, oder die Mortificirung dieses Documentes herbeizuführen.

G r ü n d e.

Der Kläger hat allerdings ein Interesse dabei, das fragliche Hypotheken-Dokument zu erlangen, weil die etwa frei werdenden Theile der Cautionsmasse auf den früher ausgefallenen, von ihm an den Verklagten gezahlten, Theil der Hypothekenforderung zur Nachvertheilung kommen und ohne jenes Document nicht gehoben werden können. Indessen hätte derselbe wohl daran gethan, dieses Interesse zu wahren, bevor er die Schuld berichtigte. (Vergl. §. 131. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R.) Da er solches unterlassen, hat er zwar das Recht nicht verloren, die Rückgabe des Instrumentes zu fordern; aber diese seine Befugniß erleidet eine Einschränkung, sobald, wie gegnerischer Seits behauptet wird, das Instrument abhanden gekommen ist. Dann vertritt dessen Mortificirung, welche bei Hypotheken-Documenten ein öffentliches Aufgebot erfordert, die Stelle der Rückgabe. (§§. 125. 126. 132. a. a. O., §§. 115. ff. Tit. 51. Thl. I. der A. G.-O., §§. 273. 277. Tit. II. der Hypotheken-Ordnung. — Entscheidungen Bd. 6. S. 338. und Bd. 8. S. 51.)

Es läßt sich dabei — wie dies in einem Rechtsfalle geschehen ist, der in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 5. S. 153. bis 155. veröffentlicht worden, — in Frage stellen, ob der gewesene Gläubiger, um sich seiner Verbind-

lichkeit gegen den früheren Schuldner zu entledigen, verbunden sei, erst einen Nachweis darüber zu liefern, daß die Urkunde wirklich abhanden gekommen sei. Für die Verneinung ist dort hervorgehoben: „Es würde die Forderung eines solchen Nachweises von dem Gesetzgeber auf eine zwecklose Weise angeordnet sein, da der befriedigte Gläubiger, wenn er wirklich ein Interesse dabei haben sollte, die Urkunde nicht mehr zum Vorscheine kommen zu lassen, dem Gesetze, ohne allen Nutzen für den gewesenen Schuldner, dadurch genügen könnte, daß er die Urkunde vernichtete, und zwar unter Umständen, welche ihm den Beweis dieser Vernichtung sicherten. Denn unter dem Ausdrucke: „abhanden gekommen" sei im Allgemeinen jeder Fall zu verstehen, wo der Gläubiger nicht mehr im Stande sei, das Schulddocument zurückzugeben, sei es, daß dasselbe absichtlich, oder aus Versehen vernichtet worden, oder verloren gegangen sei, oder auch nur vermißt werde. Ueberdies würde die Forderung jenes Nachweises in allen den Fällen, wo die Schuldurkunde nicht vorhanden sei, ohne daß der Gläubiger wisse, wo sie hingekommen, eine Unmöglichkeit enthalten, und es würde sich gar kein Nachtheil denken lassen, welcher den befriedigten Gläubiger gerechter Weise deshalb treffen könnte, weil er den Beweis des Verlustes der Urkunde nicht liefern könne. Dergleichen Bestimmungen, welche theils unwirksam sein würden, theils gar nicht vollzogen werden könnten, seien dem Gesetzgeber fremd. Blos zur Sicherheit des Schuldners, damit mit der Schuldurkunde, nach berichtigter Schuld, kein Mißbrauch gemacht werden könne, habe das Gesetz verordnet, daß, außer der Ertheilung von Quittung, auch die Schuldurkunde zurückgegeben, oder, wenn sie nicht vorhanden sei, gleichviel aus welchem Grunde, mortificirt werden müsse. Sobald der Gläubiger versichere, er könne die Schuldurkunde nicht

zurückgeben, sei aber zur Mortificirung bereit, müsse sich der gewesene Schuldner mit letzterer begnügen, da hierdurch der Zweck des Gesetzes erfüllt sei. Dazu komme, daß kein Gesetz existire, welches den Gläubiger verpflichte, nach berichtigter Schuld, eine für ihn jetzt werthlose Urkunde blos zu dem Zwecke sorgfältig aufzubewahren, damit er sie, wenn es seinem gewesenen Schuldner nach Jahren beifallen sollte, sie zurückzufordern, auch zurückzugeben im Stande sei." —

Dem letzteren Argumente der vorstehend mitgetheilten Ausführung ließe sich entgegenstellen, wie der Gläubiger der Aufbewahrung durch unmittelbare Zurückgabe, nach getilgter Schuld, jederzeit entgehen könnte, während dasjenige, was vorher in Betreff der absichtlichen Vernichtung des Documentes geäußert wird, bei Hypotheken-Instrumenten mit der Norm des vom gewesenen Gläubiger nach dem §. 118. Tit. 51. Thl. I. der A. G.-O. abzuleistenden Manifestations-Eides in Einklang zu bringen sein dürfte. (Vergl. das Justiz-Ministerial-Blatt, Jahrg. 4. S. 254.)

Wie dem aber auch sei, so hat doch im vorliegenden Falle der Verklagte seine Bereitwilligkeit erklärt, eidlich zu manifestiren, daß er das in Rede stehende Document nicht besitze und niemals besessen habe, während der Kläger, ohne diesen anticipirten Aufgebotsbeweis oder einen anderen zu verlangen, bemerkte, wenn das Document nicht mehr vorhanden, so sei es Pflicht des Verklagten, das Aufgebot und die Amortisation desselben zu bewirken.

Obwohl der Appellations-Richter diese Parteierklärungen mittheilt, verurtheilt er dennoch den Verklagten lediglich zur Herausgabe des Documentes, indem es dessen Sache sei, wie er es beschaffe und es nicht hierher gehöre, ob der Verklagte im Besitze des Documentes sei, oder nicht. Darin liegt gradezu eine Nichtberücksichtigung des §. 126. Tit. 16.

Thl. I. des A. L.-R. und der sich daran anschließenden, oben hervorgehobenen, gesetzlichen Vorschriften, so wie die zu Unrecht unterlassene Anwendung. Hieraus folgt die Vernichtung des angefochtenen Urtels, während in der Sache selbst der Verklagte, weil die Möglichkeit nicht ausgeschlossen bleibt, daß inzwischen das Document selbst herbeigeschafft sein könnte, alternativ zu verurtheilen ist, entweder dasselbe herauszugeben, oder dessen Mortificirung herbeizuführen. Demnach mußte das erste Erkenntniß, soweit es die unbedingte Rückgabe anordnet, geändert werden.

№. 14.

Rechtliche Präsumtion bei terminlichen Zahlungen. Beweislast.

Trifft den Schuldner, welcher sich auf die rechtliche Vermuthung des §. 133. Tit. 16. Thl. I. des A. L.-R. berufen will, bei dem Mangel von Quittungen, die Beweislast dafür, daß der Gläubiger die Zahlungen ohne Vorbehalt angenommen hat, oder muß der Gläubiger den Vorbehalt darlegen?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 16. §. 133.

Der Kläger M. verlangt, daß der Verklagte Sp. über eine Hypothekenrestforderung von 278. Thlrn. 29. Sgr. 6. Pf. nebst Zinsen in gültiger Form löschungsfähig quittire

und die Schuldurkunde herausgebe. Er behauptet hierbei, daß Verklagter in anderen Acten gegen den Vorbesitzer P. anerkannt habe, die Zinsen aus der Zeit von Georgi 1861. bis zum 11. Februar 1863. erhalten zu haben, und beruft sich auf die rechtliche Vermuthung des §. 133. Tit. 16. Thl. I. des A. L.=R.

Der Verklagte, welcher den Anspruch bestritt, hielt dies nicht für gerechtfertigt, weil der Nachweis fehle, daß zwei auf einander folgende Zinsraten bezahlt seien; wogegen Kläger sich auf jene Acten darüber berief, daß Verklagter den Empfang dreier Zinsraten anerkannt habe. Der Verklagte bestritt, daß ihm drei Zinsraten hintereinander gezahlt worden. Der erste Richter, das Kreisgericht zu Gnesen, hat am 12. Juli 1870. den Verklagten verurtheilt, die Quittung auszustellen und die Urkunde herauszugeben, jedoch nur gegen Zahlung von 57. Thlrn. 19. Sgr. 6. Pf. und fünf Procent Zinsen vom 17. Juni 1866. ab.

Auf die Appellation des Klägers hat das Appellations=Gericht zu Bromberg das Urtel am 7. December 1870. bestätigt. Der Appellations=Richter hielt die Berufung auf den §. 133. a. a. O. dadurch beseitigt, daß der Verklagte den fraglichen Zinsenbetrag gegen den Vorbesitzer des Klägers eingeklagt und erstritten habe. Er erachtete danach für festgestellt, daß Kläger den Zinsenbetrag von 7. Thlrn. 19. Sgr. 6. Pf. nicht gezahlt habe, und es für gleichgültig, daß der Vorproceß nicht gegen den Kläger angestellt worden.

Der Kläger erhob die Nichtigkeits=Beschwerde wegen Verletzung der Grundsätze von der Rechtskraft. Der dritte Senat des Ober=Tribunals hat am 8. September 1871. diese Beschwerde zwar für begründet erachtet, dennoch aber das angefochtene Erkenntniß aufrecht erhalten.

Soweit die

Gründe

desselben sich auf die obige Frage beziehen, lauten sie, wie folgt:

In der Sache selbst mußte Kläger, um sich auf die Vermuthung des §. 133. Tit. 16. Thl. I. des A. L.-R. zu stützen, darlegen durch Quittungen, oder sonst, daß Zinsen für zwei auf einander folgende Termine, unstreitig hier zwei halbe Jahre, von dem Schuldner abgeführt, und von dem Gläubiger ohne Vorbehalt angenommen worden. Er behauptet, daß er selbst drei Raten abgeführt habe. Dies giebt zwar Verklagter zu; er bestreitet aber, daß er die Zinsen in drei Raten empfangen, und Kläger hat nicht, gemäß §. 136. l. c., dargelegt, daß Quittungen zu verschiedenen Zeiten ertheilt worden; er hat überhaupt keine Quittung beigebracht. Kläger hat nur darüber, durch Berufung auf die Klage in der Sache wider P., Beweis angetreten, daß der Verklagte die Zahlung in drei Raten zugestanden, was Verklagter bestreitet, und eventuell den Eid deferirt, den Verklagter referirt hat. Allein der angetretene Beweis reicht nicht aus. Es muß dargelegt werden, daß die Zahlungen ohne Vorbehalt angenommen worden, wie Verklagter in der Appellations-Instanz mit Recht hervorhebt. Ein solcher Beweis ist nicht angetreten, er ist aber wesentlich, (§. 133. cit.), weil nur dann die Zahlung, welche einen Vertrag enthält, durch den Willen des Empfängers dem Zahlenden als Willensact zur Seite steht, die bloße Thatsache der Zahlung dagegen nicht entscheidet, jener Willensact aber einen Verlust des Rechtes enthalten würde, den Beweis der Tilgung vom Schuldner zu verlangen. Daß jedoch den Schuldner überhaupt die Beweislast hinsichtlich der vorbehaltlosen Empfangnahme der Zahlung

trifft, ergiebt der §. 133. deutlich, und es kann nicht mit Bornemann's System Bd. 3. S. 325. unbedingt angenommen werden, die Natur der Sache ergebe, daß der Gläubiger den Vorbehalt darzulegen habe. Denn es kann die Vermuthung des Gesetzes nur stricte interpretirt werden; das Gesetz sagt dies ausdrücklich, indem es zwei Requisite copulativ aufstellt, und es war dies um so nöthiger, als die Präsumtion, wenn auch ein Gegenbeweis zulässig ist, doch zum gänzlichen Verluste eines erworbenen Rechtes führen kann. Bekanntlich ist die Quelle der Vorschrift die l. 3. C. de apochis publicis (10. 22), welche die Praxis nicht ohne Widerspruch ausdehnte und das Allgemeine Landrecht folgte hierbei vorzugsweise Leyser, und ging sogar weiter, da es zwei, statt drei, Termine für ausreichend hielt. (cfr. Suarez, Schluß-Revision). Allein schon der Entwurf zum Allgemeinen Gesetzbuche II. II. 13. II. §. 69. S. 527. enthält wörtlich dieselbe Bestimmung, wie das Allgemeine Landrecht, und Koch, A. L.-R. Bd. 2. S. 601. hat richtig hervorgehoben, daß die Zahlung selbst und deren Annahme ohne Vorbehalt, oder vielmehr die Liberation des Schuldners die Handlung sei, wodurch die Vermuthung begründet wird. Soll aber eine Liberation vorliegen, so muß die Annahme in diesem Sinne erfolgt sein, und das zu beweisen hat der Schuldner. Die Natur der Sache spricht daher nicht für die Ansicht Bornemann's. Nur wenn eine vorbehaltlose Quittung vorliegt, ist es Sache des Gläubigers, den mündlichen oder schriftlichen Vorbehalt darzuthun, nicht aber, wenn, wie hier, keine Quittung gegeben ist.

№ 15.

Titel zum Pfandrechte für Gerichtskosten.

Enthält die im Art. 1. des Gesetzes vom 9. Mai 1854. zugelassene Beschlagnahme des Vermögens zur Deckung von Untersuchungskosten einen Titel zum Pfandrechte, oder hat sie nur die Bedeutung eines Arrestschlages?

Gesetz, betreffend den Ansatz und die Erhebung der Gerichtskosten, vom 10. Mai 1851. §. 15. (G.-S. S. 631.)
Gesetz, betreffend einige Abänderungen dieses Gesetzes, vom 9. Mai 1854. Art. 1. (G.-S. S. 273.)

Mittelst notariellen Vertrages vom 16. Juli 1868. kaufte P. von N. zwei, auf dessen Namen im Hypothekenbuche eingetragene, Grundstücke und wurde für ihn, auf Grund dieses am 23. November desselben Jahres zu den Grundacten eingereichten Vertrages, der Besitztitel zufolge Verfügung vom 25. November berichtigt. Inmittelst war, in Gemäßheit einer am 17. Juni 1868. zu den Grundacten eingegangenen Requisition des Kreisgerichtes zu Dortmund vom 16. Juni, am 19. Juni

eine Caution von 600. Thlrn. zur Sicherheit für Untersuchungs- und Haftkosten, welche aus der wider N. wegen schweren Diebstahls und schwerer Hehlerei eingeleiteten Untersuchung entstanden sind und noch entstehen werden,

sub Rubr. III. Nr. 12. eingetragen worden.

P. hat gegen den Fiscus dahin Klage erhoben, daß derselbe die Löschung dieser Caution bewillige. Das Kreisgericht zu Soest hat ihn am 7. December 1869 mit dieser

Klage abgewiesen, das Appellations-Gericht zu Hamm dagegen am 13. Juni 1870. den Fiscus nach dem Klageantrage verurtheilt. Auf die von dem Letzteren eingelegte Revision hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 10. März 1871. das Appellations-Erkenntniß bestätigt aus folgenden

Gründen.

Nur eine gegen einen Debenten schon festgesetzte Kostenforderung giebt, nach dem §. 15. des Gesetzes vom 10. Mai 1851., einen Titel zum Pfandrechte auf die Immobilien des Debenten. Durch die im Art. 1. des Gesetzes vom 9. Mai 1854. in Untersuchungs-Sachen den Gerichten ertheilte Ermächtigung, sobald die Einleitung der Untersuchung oder die definitive Versetzung des Beschuldigten in den Anklagestand beschlossen worden ist, dessen Vermögen, soweit es zur Deckung der Kosten des Verfahrens erforderlich erscheint mit Beschlag zu belegen, ist ein Titel zum Pfandrechte nicht geschaffen worden. Eine hiernach erfolgende Beschlagnahme hat nur die rechtliche Wirkung einer Arrestanlegung. Das Kreisgericht zu Dortmund war durch dieses Gesetz nur ermächtigt, für die aus der wider N. und Genossen eingeleiteten Untersuchung entstandenen, noch nicht feststehenden und künftig entstehenden Kosten die Eintragung eines Arrestes, auf die Grundstücke des N. zu beantragen. Daß es in seiner Requisition vom 16. Juni 1868, bei den Grundacten präsentirt den 17. Juni, die Eintragung nicht eines Arrestes, sondern einer Caution beantragt hat, und daß, zufolge Decretes vom 19. Juni 1868., wirklich eine Caution auf Höhe von 600. Thlrn. in das Hypothekenbuch eingetragen worden ist, giebt, da eine hypothekarische Caution nicht bestellt worden und es an einem Titel zum Pfandrechte überhaupt fehlte, der erfolgten Eintragung nicht die rechtliche

Kraft einer Protestation pro conservando jure et loco. Dieselbe hat vielmehr, da ihr ein anderes materielles Recht, als die im Art. 1. des Gesetzes vom 9. Mai 1854. den Gerichten ertheilte Ermächtigung, nicht zur Grundlage dient, nur die rechtliche Wirkung einer im Wege des Arrestes erfolgten Eintragung einer Protestation de non disponendo. Eine solche hat aber, wie im Ober-Tribunals-Erkenntnisse vom 8. Juni 1844. (Entscheid. Bd. 10. S. 160. bis 165.) näher ausgeführt worden ist, keine Wirkung gegen den wahren Eigenthümer, welcher das Grundstück schon vor der Arresteintragung erworben und übertragen erhalten hat, aber bis dahin seinen Besitztitel noch nicht hat eintragen lassen.

Der vom Kläger überreichte notarielle Vertrag vom 16. Juni 1868. ergiebt, daß der Kläger die beiden fraglichen Grundstücke schon an diesem Tage von der Ehefrau des N., als seiner, durch notarielle Vollmacht vom 10. September 1867. zur Veräußerung von Immobilien ermächtigten, Bevollmächtigten, gekauft und durch die im §. 3. des Vertrages enthaltenen Erklärungen, zum Theil nach den §§. 66. 67, zum Theil nach den §§. 71. 72. Tit. 7. Thl. I. des A. L.-R., übergeben erhalten hat. Da die Requisition des Kreisgerichtes zu Dortmund vom 16. Juni 1868. erst am 17. Juni bei den Grundacten präsentirt worden ist, so ist Kläger, nach Vorstehendem, wohl berechtigt, die Bewilligung der Löschung der am 19. Juni 1869. eingetragenen Caution zu verlangen, obwohl der Besitztitel für ihn erst, zufolge Decretes vom 25. November 1868., berichtigt worden ist. Der lange nachher auf Grund der Requisition der Salarien-Kasse des Kreisgerichtes zu Hamm vom 24. März 1870., zufolge Decretes vom 5. Mai 1870., in der Colonne „Cessionen" eingetragene Vermerk, daß die von N. zu tragenden Kosten nunmehr auf 403. Thlr. 15. Sgr. 6. Pf.

festgesetzt seien, giebt der Eintragung vom 19. Juni 1868. gleichfalls den Schutz des §. 410. Tit. 20. Thl. I. des A. L.=R. nicht.

Durch alles dies rechtfertigt sich die Bestätigung des Appellations=Erkenntnisses.

№ 16.

Parcellirung eines mit der Verpflichtung zur Verwaltung des Schulzen=Amtes belasteten Grundstückes.

Kann aus der, von dem Eigenthümer eines Lehnschulzengutes bei dessen Parcellirung mit dem Erwerber der einen Parcelle getroffenen, von der Behörde demnächst nicht bestätigten, Verabredung, daß dieser die auf dem Gute haftende Verpflichtung zur Verwaltung des Schulzen=Amtes übernehme, eine Eintragung im Hypothekenbuche auf diese Parcelle gefordert werden?

Gesetz, betreffend die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen, vom 3. Januar 1845. §§. 16. 18. (G.=S. S. 25.).

A. L.=R. Einleitung §. 89. Anhang §. 58.

Gesetz vom 2. März 1850., betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, §§. 6. 91. (G.=S. S. 77.).

Bei der im Jahre 1851. von ihm vorgenommenen Parcellirung des mit der Verpflichtung zur Verwaltung des Schulzen-Amtes belasteten Lehnschulzenguts Nr. 1. zu D., verkaufte der Eigenthümer desselben, L., das Stammgut durch Vertrag vom 29. September 1851. an den Kossäthen K. mit der demselben auferlegten Verpflichtung zur Uebernahme des Schulzen-Amtes, während in den Verträgen mit den Erwerbern der übrigen Parcellen diese im Allgemeinen diejenigen Lasten nnd Abgaben übernahmen, welche von den Verwaltungsbehörden darauf repartirt werden würden. Mittelst Vertrages vom 9. März 1863. verkaufte der Kossäth K., welcher bis dahin das Schulzen-Amt verwaltet hatte, das Stammgut an den Häusler Martin S., mit der von diesem übernommenen Verpflichtung zur Verwaltung jenes Amtes. Die Verwaltungsbehörde aber übertrug dem Martin S. das Schulzen-Amt nicht, sondern setzte den H. zum Schulzen ein, und repartirte das für denselben bestimmte Gehalt von jährlich 60. Thlrn. auf die Erwerber der sämmtlichen Parcellen. Nachdem der Martin S. bereits in einem Vorprozesse von den Erwerbern der übrigen Parcellen wegen Erstattung der von ihnen zum Gehalte des eingesetzten Schulzen eingezogenen Beiträge mit Erfolg in Anspruch genommen worden, haben diese, der Häusler Julius R. und Genossen, gegen ihn, unter Beibringung von Cessionen des L. und des Kossäthen K. geklagt, und ihren ersten Klageantrag dahin gerichtet, denselben zu verurtheilen,

sich gefallen zu lassen, daß auf das ihm gehörige Lehnschulzen-Restgut die Verpflichtung eingetragen werde, daß der Besitzer dieses Gutes, den Besitzern der übrigen früher zu dem ehemaligen Lehnschulzen-Gute Nr. 1. zu D. gehörigen und davon abgetrennten Parcellen gegenüber,

verpflichtet ist, das Lehnschulzen-Amt unentgeltlich zu verwalten.

Der zweite Klageantrag ist auf Verurtheilung des Verklagten zur Zahlung des dem Schulzen H. ausgesetzten Gehaltes von 60. Thlrn. an denselben während der Dauer der Verwaltung des Schulzen-Amtes gerichtet, und es ist mit beiden Klageanträgen ein Arrestgesuch verbunden, welchem gemäß auch bei Einleitung der Klage durch Verfügung vom 18. März 1868. die protestativische Eintragung des Rechtes der Parcellenerwerber auf unentgeltliche Verwaltung des Schulzen-Amtes auf dem Grundstücke des Verklagten veranlaßt worden ist.

Der Verklagte widersprach. Durch das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Cottbus vom 3. December 1869. wurde derselbe jedoch, beiden Anträgen gemäß, verurtheilt und auch der angelegte Arrest für justificirt erachtet. Auf die Appellation des Verklagten, hat das Appellations-Gerich zu Frankfurt a. O. durch Urtel vom 5. März 1870. das erste Erkenntniß zwar in Betreff des zweiten Klageantrages bestätigt, dasselbe abändernd, aber auf die Abweisung der Kläger mit ihrem ersten Klageantrage und auf Löschung des angelegten Arrestes erkannt.

Auf die von den Klägern gegen den abändernden Theil des Appellations-Urtels eingelegte Revision, beziehungsweise Nichtigkeitsbeschwerde, hat der zweite Senat des Ober-Tribunals durch Urtel vom 28. März 1871. das erste Erkenntniß sowohl in Betreff des ersten Klageantrages, als auch wegen des angelegten Arrestes wiederhergestellt. Die auf die in der Ueberschrift aufgeworfene Frage sich beziehenden

Gründe

lauten:

Der Appellationsrichter verkennt nicht, daß die in den

Verträgen vom 29. August 1851. und vom 9. März 1863. in Betreff der Verwaltung des Schulzen-Amtes getroffenen Verabredungen zwar den Verwaltungsbehörden gegenüber wirkungslos, unter den Parteien aber gültig sind; er ist jedoch der Ansicht, daß durch jene Verabredungen Seitens der Erwerber des Lehnschulzen-Stammgutes, den Besitzern der übrigen Parcellen des Lehnschulzengutes gegenüber nur die Verbindlichkeit übernommen worden, eine Reallast zu tragen, und dieselben gegen die Heranziehung zu dieser zu vertreten, daß diese Verbindlichkeit, den Contrahenten gegenüber, aber weder eine Reallast, noch überhaupt dinglicher Natur sei, und daß hiernach, sowie bei dem Mangel einer ausdrücklichen Verpfändungs-Erklärung des Schuldners (§§. 402. 403. des A. L.-R. Thl. I. Tit. 20). oder einer ausdrücklichen Einwilligung zur Eintragung (§. 8. des Gesetzes vom 24. Mai 1853.), es an einem Rechtsgrunde zu der von den Klägern beanspruchten Hypothek fehle. — Es verordnet nun aber das Gesetz, betreffend die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen, vom 3. Januar 1845. im §. 16.:

> Wird ein Grundstück getheilt, mit dessen Besitze die Verwaltung des Schulzen- oder Dorfrichter-Amtes verbunden ist, so ist nach den Umständen zu ermessen, ob die Verwaltung dieses Amtes mit dem Besitze eines der Theile des Grundstückes verbunden bleiben kann. Ist dieses nicht zulässig, so muß ein auskömmliches Schulzengehalt in Grundstücken oder in Geld festgesetzt, und der Geldbeitrag nach Vorschrift des §. 12. vertheilt, und für die hypothekarische Sicherstellung gesorgt werden, —

und der §. 18. läßt die Bestätigung der Verabredungen der Betheiligten über die Regulirung der in den §§. 12.—17.

erwähnten öffentlichen Abgaben, Leistungen und Verhältnisse Seitens der Behörde zu, in sofern als solche der Verfassung nicht entgegen sind, und die nachhaltige Entrichtung gesichert ist.

Wenn in dem §. 8. des Vertrages vom 29. August 1851., welchen der, sein Lehnschulzengut parcellirende, L. mit dem Kossäthen K., als Erwerber des Reststammgutes, abgeschlossen hat, bestimmt ist: Käufer hat das auf dem Lehnschulzengute haftende Amt eines Dorfschulzen, so lange diese Last noch darauf verbleibt, zu übernehmen, ohne dieserhalb vom Verkäufer eine Entschädigung zu beanspruchen, so kann solches nicht dahin verstanden werden, daß Seitens des Käufers nur eine persönliche Verpflichtung zur Verwaltung des Schulzen-Amtes habe übernommen werden sollen, vielmehr ist die getroffene Verabredung als dahingehend aufzufassen, daß die bisher auf dem ganzen Lehnschulzengute haftende Reallast der Verwaltung des Schulzenamts nunmehr allein auf dem dem K. verkauften Reststammgute ruhen, die übrigen Parcellen davon befreit bleiben sollten, und daß der K. für sich und seine Nachfolger im Besitze des Reststammgutes allein damit für die in Rede stehende Reallast zu haften übernommen. Diese Verpflichtung ist daher in gleicher Weise, wie die zur Tragung einer Reallast überhaupt, dinglicher Natur, und es wird hierin für das Verhältniß der Parteien dadurch nichts geändert, daß die Verwaltungsbehörde jene, — nach den angeführten gesetzlichen Bestimmungen nicht für schlechthin unzulässig zu erachtende, — Verabredung nicht bestätigt, sondern auf Kosten sämmtlicher Parcellenbesitzer einen Schulzen bestellt hat. Die von dem K. in dem Vertrage vom 29. August 1851. übernommene Verbindlichkeit ist durch

den Vertrag vom 9. März 1863. auf den Verklagten übergegangen, während die Kläger die Rechte aus den betreffenden Bestimmungen der gedachten beiden Verträge übereignet erhalten haben, und, wenn diese gegen den Verklagten die Verpflichtung zur alleinigen Tragung der in Rede stehenden Reallast geltend machen, so ist dieses nach dem Obigen ein gegen den Besitzer des Reststammgutes, als solchen, gerichteter Realanspruch. Hieraus folgt zugleich, daß der in diese Instanz gediehene Antrag der Kläger, auf Verurtheilung des Verklagten, sich die Eintragung der Verpflichtung der Besitzer seines Lehnschulzen = Restgutes zur unentgeltlichen Verwaltung des Schulzen-Amtes gefallen zu lassen, gerechtfertigt ist, da nur durch die Eintragung die Ausübung des Realrechtes der Kläger gegen jeden Erwerber des Grundstückes des Verklagten den ausreichenden Schutz erhält, — §. 89. der Einl. zum A. L.-R., — und die Vorschrift des §. 58. des Anh. zum A. L.-R., in sofern nach derselben es bei Grundgerechtigkeiten sowohl dem Berechtigten, als dem Verpflichteten freigestellt ist, die Eintragung auf seine Kosten herbeizuführen, auch auf Reallasten anzuwenden ist. Uebrigens kann die in Rede stehende Last, welche sich auf die schon bestandene Verbindlichkeit zur Verrichtung des Schulzenamtes bezieht, nicht zu denjenigen gerechnet werden, welche von dem §. 6. und §. 91. des Gesetzes vom 2. März 1850. betroffen werden. — S. übrigens das Erkenntniß vom 29. October 1867. (Entscheid. Bd. 59. S. 267.).

№ 17.

Pachtlicitation. Abstandsvertrag. Zuschlag. Rücktritt.

Findet auch bei Pachtlicitationen der Grundsatz Anwendung, daß die erfolgte Verabredung, gegen Entgelt vom Bieten abstehen zu wollen, den Versteigerer nicht zur Aufhebung des ertheilten Zuschlages berechtigt?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 4. §§. 77. 104.–106. 148. 149.
Strafgesetzbuch vom 14. April 1851. §. 270.
Plenarbeschluß vom 16. August 1841. (Entsch. Bd. 7. S. 114.).

Am 25. Juni 1868. fand in Marienwerder auf Anordnung des Provincial-Steuer-Directors die Verpachtung der Geldeinnahme bei der combinirten Chaussee-, Fähr-, Ufer- und Hafengeld-Hebestelle zu K., nebst der Nutzung des dort belegenen fiskalischen Grundstückes, im Wege des öffentlichen Ausgebotes Statt. Dasselbe geschah zwiefach: auf unbestimmte Zeit, zunächst auf ein Jahr, mit stillschweigender Verlängerung des Contractes von Jahr zu Jahr, und auf die bestimmte Dauer von drei Jahren. Bei der Licitation nach der zweiten Alternative gab der Kläger M. ein Gebot von 2555. Thlrn. ab, wurde zwar von einem Mitbieter, dem S. R., um 5. Thlr. überboten, erhielt aber dennoch den Zuschlag von der verpachtenden Behörde, indem ihm durch Verfügung des Provincial-Steuer-Directors vom 20. Juli desselben Jahres eröffnet wurde, daß ihm, in Gemäßheit eines Erlasses des General-Directors der Steuern, unter den, in dem Licitations-Protocolle vom 25. Juni 1868. und dessen Anlagen: „den allgemeinen Bedingungen für die Licitation“ und „den allgemeinen Contracts-Bedingungen“ enthaltenen, Bedingungen, die ver-

einigte Erhebung des Chaussee-, Fähr-, Ufer- und Hafengeldes zu K. für den Zeitraum von drei Jahren, vom 1. October 1868. Mittags 12. Uhr ab bis dahin 1871., gegen eine jährliche Pacht von 2555. Thlrn. pachtweise übertragen werde.

Unter dieser Verfügung hat der Kläger den Inhalt der Licitations-Verhandlung und deren Anlagen, als ihn bindend, schriftlich anerkannt, damit auch den §. 18. der „Allgemeinen Contracts-Bedingungen", welcher lautet:

In Beziehung auf die dem Pächter zustehenden Befugnisse und obliegenden Pflichten wird derselbe als ein öffentlicher Beamter, als ein Erheber öffentlicher Abgaben angesehen und vereidet.

Am 28. August 1868. wurde dem Kläger indessen durch Verfügung des Haupt-Steuer-Amtes zu M. eröffnet, daß, in Folge einer Verfügung des Provinzial-Steuer-Directors, von Ausführung des mit ihm abgeschlossenen Pachtvertrages wegen einer zur Anzeige gekommenen Verletzung des §. 270. des Straf-Gesetzbuches, Abstand genommen werden solle. Der Kläger bestritt jede derartige Verletzung der Gesetze und beantragte, zu erkennen:

daß der verklagte Fiscus schuldig, den mit dem Kläger über die vereinigte Erhebung des Chaussee-, Fähr-, Ufer- und Hafengeldes zu K. und über das an der dortigen Hebestelle belegene fiscalische Grundstück für die Zeit vom 1. October 1868. bis 1. October 1871. geschlossenen Pachtvertrag, nach Maßgabe des Licitations-Protocolles vom 25. Juni 1868. und dessen Anlagen, zu erfüllen, und

dem Kläger namentlich die vereinigte Chaussee-, Fähr-, Hafen- und Ufergeld-Hebestelle zu K. nebst dem dazu ge-

hörigen fiscalischen Grundstücke, den Inventarienstücken und Dienstpapieren am 1. October 1868. zu übergeben.

Der Verklagte wendete, — unter Einräumung der Klagebehauptungen, — mit dem Antrage auf Abweisung, ein, daß er berechtigt sei, von dem Pachtvertrage zurückzutreten, weil der Kläger die verpachtende Behörde wissentlich in einen Irrthum in dem Wesentlichen des Geschäftes, resp. dem Hauptgegenstande der Willenserklärung versetzt, derselbe außerdem vor, resp. bei der Licitation gegen den §. 270. des Strafgesetzbuches sich vergangen habe und demgemäß aus dem Vertrage Rechte nicht erwerben könne. Zur Begründung behauptete der Verklagte, daß, als früher am 25. Juni 1867. die Pacht der in Rede stehenden Communications-Abgaben zur Licitation gestellt sei, der Kläger und der Kaufmann S. R. sich in ihren Geboten gegenseitig gesteigert hätten, bis der Letztere mit dem Gebote von 3715. Thlrn. auf ein Jahr, mit stillschweigender Verlängerung auf ein Jahr, insofern nicht sechs Monat vor Ablauf des Pachtjahres von einem Theile gekündigt würde, Meistbietender geblieben sei und auf Grund des ertheilten Zuschlages die Pacht am 1. October 1867. angetreten habe. Der Kläger, welcher die Pachtung während der drei vorhergehenden Jahre inne gehabt, habe den R. während der ersten Hälfte dessen Pachtjahres auf jede Weise zu bewegen gesucht, die Pacht wieder zu kündigen und denselben endlich durch die Drohung dazu bewogen, daß er der Steuer-Behörde ein höheres Gebot machen und dann diese das Pachtverhältniß kündigen werde. Nach erfolgter Kündigung habe der Kläger dem R. erklärt, daß es nicht in seiner Absicht liege, die Pacht wieder zu übernehmen, daß er zwar in dem anzuberaumenden Licitations-Termine erscheinen, jedoch die Pacht nicht in die Höhe treiben, sondern sich so

verhalten werde, daß dem N. das Bestgebot zu einem nicht hohen Betrage verbleibe. Als Gegenleistung habe N. demselben versprochen, daß er sich Betreffs aller Speditionsfuhren desselben, welche 50. Thlr. monatlich an der Hebestelle in K. aufzubringen pflegten, mit einem Pauschquantum von monatlich 16. Thlrn. 20. Sgr. begnügen wolle und demselben zur Sicherheit für diese Verpflichtung ein Accept über 750. Thlr. gegeben. Bei dieser Gelegenheit habe Kläger zu N. gesagt: „Was sollen wir denn dem Fiscus das Geld geben!" In dem demnächst am 25. Juni 1868. angestandenen Licitations-Termine sei die Pacht alternativ ausgeboten, einmal auf ein Jahr, mit stillschweigender Verlängerung von Jahr zu Jahr, und dann auf die bestimmte Dauer von drei Jahren. Für die erste Alternative seien die drei Bestbietenden gewesen: der Kläger mit 2490. Thlrn., der Gastwirth E. mit 2500. Thlrn. und N. mit 2505. Thlrn., während das Bestgebot am 7. Juni 1867. 3715. Thlr. betragen gehabt. Für die zweite Alternative seien die drei Bestbietenden gewesen: E. mit 2550. Thlrn., der Kläger mit 2555. Thlrn. und N. mit 2560. Thlrn., während Letzterer im Jahre 1867. ein Bestgebot von 3560. Thlrn. abgegeben hatte. Die verpachtende Behörde habe dem Kläger den Zuschlag ertheilt. Nunmehr sei N. mit dem Kläger in Unterhandlungen über die Abtretung der Pacht getreten und habe sich dieser hierzu unter der Bedingung bereit erklärt, daß N., außer Uebernahme der Pachtgelder, seinen Sohn N. N. veranlassen solle, ein dem Kläger concurrirendes Speditionsgeschäft aufzugeben, wofür derselbe von S. N. jährlich 500. Thlr. zu erhalten habe. Außerdem habe N. für die Dauer der Pachtzeit an Kläger jährlich 500. Thlr. zahlen und ihm für seine Speditionsfuhren freie Fahrt bewilligen sollen. Von dieser Abrede habe die Steuer-

Behörde in Marienwerder nach Ertheilung des Zuschlages Kenntniß erhalten. Bei der demnächst am 12. September 1868. veranstalteten anderweitigen Licitation sei der Kaufmann D. mit dem Gebote von 3670. Thlrn. jährlich als Pächter angenommen.

Der Kläger hat die behaupteten Abreden mit R. bestritten. — Durch den demnächst erhobenen Beweis erachtete der erste Richter, das Stadt- und Kreisgericht zu Danzig, den Einwand des Verklagten für halb erwiesen und verstattete denselben in dem Erkenntnisse vom 7. Februar 1870., hierüber zum Erfüllungseide, bei dessen Ableistung er den Kläger abwies. Durch die Eidesleistung, — so wurde angenommen, — werde festgestellt, daß der Kläger vor dem Licitations-Termine die behauptete Abrede mit S. R. getroffen habe und unbestritten sei es, daß Beide, dieser Verabredung gemäß, im Termine gehandelt hätten. Danach habe denn der Kläger den Fiscus vorsätzlich in den Irrthum versetzt, daß das Bestgebot das Resultat einer wirklichen Concurrenz der Bieter sei, und denselben dadurch bewogen, ihm den Zuschlag zu ertheilen. Der Kläger könne demgemäß nach dem §. 148. Tit. 4. Thl. I. des A. L.-R. aus jenem Vertrage keinen Vortheil ziehen und sei der Verklagte allerdings berechtigt gewesen, von dem Pachtvertrage zurückzutreten.

Kläger appellirte mit dem Bemerken: daß zwar die unter den Eid gestellten Umstände unrichtig seien, er jedoch darüber, daß der Eid nicht ihm, sondern dem Verklagten auferlegt sei, keine Beschwerde erheben, sich vielmehr, sofern der Eid für wesentlich erachtet würde, bei der Zulassung des Verklagten zu dem letzteren beruhigen wolle. Sodann suchte der Kläger die Unerheblichkeit des in Rede stehenden Eides darzuthun. Dem beitretend, hat der zweite Richter, das Appellations-Gericht zu Marienwerder, den Verklagten

mittelst Erkenntnisses vom 15. September 1870. pure nach dem Klageantrage verurtheilt. Man könne, — so ist vom Appellations-Richter ausgeführt, — dem Verklagten zwar zugeben, daß, wenn der Eid geleistet werde, aus den beschworenen Umständen hervorgehe, daß von dem Kläger und dem S. R. vor dem am 25. Juni 1868. angestandenen Licitations-Termine über die hier in Rede stehende Pachtung ein, gegen die Verordnung vom 14. Juli 1797. und den §. 270. des Strafgesetzbuches verstoßendes, Abkommen getroffen worden sei. Dessen ungeachtet könne ein die Vertragsvereinbarung der Parteien entkräftender Irrthum auf Seiten des Verklagten bei Ertheilung des Pachtzuschlages an den Kläger als vorliegend nicht erachtet werden. Wie in dem Plenar-Beschlusse des Ober-Tribunals vom 16. August 1841. ausgeführt wird, sei die etwaige Voraussetzung der Subhastations-Interessenten bei Ertheilung der Zustimmung in den Zuschlag eines zur Subhastation gestellten Grundstückes, daß von dem Meistbietenden ein Abstandsvertrag nicht geschlossen worden, obwohl dies in der That der Fall, mit Rücksicht auf den §. 149. Tit. 4. Thl. I. des A. L.-R. unerheblich.

Nunmehr erhob Beklagter die Revision, in Folge deren der dritte Senat des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 1. Mai 1871. das erste Urtel wiederhergestellt hat.

G r ü n d e.

Der Kläger hat als Appellant erklärt, er wolle darüber, daß in dem ersten Urtel der Eid nicht ihm, sondern dem Verklagten auferlegt sei, keine Beschwerde erheben, sich vielmehr, sofern der Eid für wesentlich erachtet werde, bei der Zulassung des Verklagten zu dem letzteren beruhigen. Diese Erklärung erübrigt die Würdigung des Beweis-

ergebnisses und gestattet es, als Thatbestand zu unterstellen, daß der Kläger und S. R. vor dem am 25. Juni 1868. angestandenen Licitations-Termine verabredet haben, nur so lange mitzubieten, bis die übrigen Concurrenten zurückträten, wonächst S. R. den Kläger überbieten, dieser abstehen und ihm dafür der S. R., nach Erlangung des Zuschlages, gestatten solle, mit seinen sämmtlichen Fuhren die Hebestelle in K. für eine jährliche Entschädigung von 200. Thlr. zu passiren, wogegen, falls dem Kläger der Zuschlag ertheilt werde, dieser das Pachtrecht dem S. R. abtreten solle.

Da dieser Verabredung gemäß in jenem Termine gehandelt worden, so sind die beiden Vorderrichter darüber einverstanden, daß ein unerlaubtes, selbst strafbares Gebahren vorliegt. Während aber der erste Richter, weil durch das letztere der Verklagte vorsätzlich in den Irrthum versetzt worden, das Bestgebot sei das Resultat einer wirklichen Concurrenz der Bieter und, dadurch bewogen, dem Kläger den Zuschlag ertheilt habe, die Befugniß des Verklagten zum Rücktritte von dem Pachtvertrage für begründet erachtet, — stellt der zweite Richter eine solche Befugniß im Hinblicke auf den Plenar-Beschluß des Ober-Tribunals vom 16. August 1841., in Abrede. Dieser Plenarbeschluß spricht es unbedingt aus, daß die Verabredung, durch welche bei Subhastationen und Auctionen Jemand gegen Entgelt vom Bieten abzustehen sich verpflichtet, dem Eigenthümer oder dem verkaufenden Gläubiger kein Recht gebe, die Aufhebung des Zuschlages zu verlangen. In der Erwägung, daß es im Wesen der Versteigerung liege, das beste Gebot solle sich *zufällig* ergeben und nicht willkürlich darauf eingewirkt werden, hat man freilich geglaubt, es lasse sich aus der Beseitigung von Bietern eine Anfechtung der Ver-

steigerung insofern herleiten, als dadurch ihr wesentlicher Zweck, mehrere und möglichst hohe Gebote zu erreichen, vereitelt werde. Mit Rücksicht hierauf ist jener Beschluß nicht ohne Tadel geblieben, namentlich, unter Hinweisung auf den Grundsatz der §§. 104.—106. Tit. 4. Thl. I. des A. L.-R., indem hervorgehoben wird, wie der Käufer willkürlich darauf eingewirkt habe, daß das zufällige Ereigniß, welches das Geschäft bedinge, nämlich das Eintreffen eines höheren Gebotes zu seinen Gunsten, nicht eintrete. Vergl. Koch, Recht der Forderungen Bd. 3. S. 823. und Gruchot, Beiträge. Bd. 4. S. 242.

Wie dem aber auch sei, so ist doch vor Allem nicht unbeachtet zu lassen, daß es sich bei dem beregten Beschlusse um ein Kaufgeschäft, hier dagegen um ein Pachtgeschäft handelt. Wenn gleich locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, (l.2. pr. D. locati conducti) (19.2.). weil auch bei der Pacht gekauft wird, und zwar nicht die Sache, welche man brauchen und nützen will, sondern der Gebrauchs- und Nutzungswerth, den sie bieten kann, ihre Productivdienste, so waltet doch der erhebliche Unterschied ob, daß diese Werthe nicht, wie bei dem Kaufe der Sache, unmittelbar übergeben werden können, sondern nur mittelbar, durch die Uebergabe der gepachteten Sache, welches besondere Pflichten des Pächters in Betreff dieser Sache erzeugt, die nicht ein Bestandtheil seines Vermögens wird. — (Förster, Theorie und Praxis Bd. 2. S. 175.—176.) — Ist insofern schon die Persönlichkeit des Pächters ein hervortretendes Moment, welches der Verpächter in Betracht zu ziehen hat, so wird dasselbe unläugbar zu einem entscheidenden, die Existenz des Vertrages bedingenden, wenn, — wie im vorliegenden Falle vereinbart worden, — der Pächter in Beziehung auf die ihm zustehenden Befugnisse und obliegenden Pflichten als

ein öffentlicher Beamter, als ein Erheber öffentlicher Abgaben angesehen und vereidet werden soll. Die Beamten-Qualität, welche die strengste Unbescholtenheit voraussetzt, konnte der Verklagte dem Kläger nur verleihen wollen, indem er zu dessen Redlichkeit das vollste Vertrauen hegte. Letzteres beruhte aber, wie die unerlaubte und strafbare Handlungsweise des Klägers herausgestellt hat, auf einem offenbaren Irrthume, der, weil er die Person und die in ihr vorausgesetzten Eigenschaften betrifft, wesentlich ist und daher das ganze Geschäft ungültig macht. (§. 77. Tit. 4. Thl. I. des A. L.-R.) Daß der Irrthum über die Eigenschaften des anderen Contrahenten, welcher auf die von ihm erwartete Leistung von wesentlichem Einflusse ist, als ein wesentlicher gilt, nehmen auch für das gemeine Recht Mühlenbruch Pand. §. 338. zu III. und Sintenis Civil-Recht §. 22. Note 29. an.

Abgesehen hiervon liegt, nach der richtigen Annahme des ersten Richters, jedenfalls ein Irrthum in dem Beweggrunde vor. Ein solcher ist zwar, der Regel nach, nicht zu beachten; ausnahmsweise aber, wenn er, was hier zutrifft, — durch Arglist des Gegners erzeugt und widerrechtlich benutzt wurde. (§. 148. a. a. O.) — Demzufolge erscheint die Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses gerechtfertigt.

№ 18.

Waldstreu. Dismembration.

1. Geht, bei einer Zerstückelung eines zur Streu in fremder Forst berechtigten Gutes, die Berechtigung

für ein Theilstück verloren, wenn dieses nicht so groß ist, daß ein Stück Rindvieh davon erhalten werden kann?

2. Kann sich bei der Zerstückelung eines streuberechtigten Gutes der Stammgutsbesitzer die Berechtigung für den ganzen Hof vorbehalten?

Verordnung über die Ausübung der Waldstreu-Berechtigung, vom 5. März 1843. §. 1. (G.-S. S. 105.)

Gemeinheits-Theilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821. (§§. 56. und 147. G.-S. S. 55. ff.)

A. L.-R. Einl. §. 108. Thl. I. Tit. 2. §. 125. Tit. 19. §. 22., Tit. 22. §§. 11. 12.

Der Kossäthenhof des J. zu B. ist im Jahre 1850. in der Art zerstückelt worden, daß bei der Stammstelle nur der Hof mit einem Garten von 1. Morgen und 122. Quadratruthen verblieben ist. Dagegen hat der Verkäufer sich die, dem Gute in der Königlichen Forst zustehende Berechtigung zur Waldstreu vorbehalten; bei der später eingeleiteten Ablösung derselben aber ist streitig geworden, ob der Besitzer jener Stelle, nach Maßgabe ihres früheren Umfanges oder nur nach Maßgabe des jetzt dazu gehörenden Landes, Abfindung zu fordern hat? Die General-Commission für die Kurmark Brandenburg, so wie das Revisions-Collegium für Landes-Cultur-Sachen haben das Erstere angenommen, der zweite Senat des Ober-Tribunals aber hat unterm 14. März 1871. das Appellations-Erkenntniß vernichtet und das erste Erkenntniß, auf die Appellation des Fiscus, geändert, beziehlich dem Stellenbesitzer die Abfindung für die Streuberechtigung nur nach Maßgabe des gegenwärtigen Landzubehörs zuerkannt, aus folgenden

Gründen.

Die Berechtigung auf Streu besteht nach dem §. 1. der Verordnung vom 5. März 1843. in der Befugniß, abgefallenes Laub und Nadeln, so wie dürres Moos zum Unterstreuen unter das Vieh, Behufs der Bereitung des Düngers, in dem Walde eines Anderen einzusammeln, und die Streu darf nach dem §. 6. a. a. O. weder verkauft, noch sonst an Andere überlassen werden. Die Ausübung der Waldstreu-Berechtigung ist also von der Viehhaltung auf der berechtigten Stelle und diese ist von den Fütterungsmitteln derselben für die Durchwinterung abhängig, so daß demnach derjenige, welcher kein Vieh durchwintern kann, auch die Waldstreu nicht nutzen darf, beziehungsweise der Umfang der Berechtigung sich nach der Zahl des zu haltenden Viehes richtet.

Wenn nun aber die ehemals J.'sche, jetzt B.'sche Stelle, bei deren Zerstückelung im Jahre 1850., nur soviel Land behalten hat, daß ein Haupt Großvieh darauf überwintert werden kann, so ist jetzt in Streit: ob B. für die, der Stelle in der fiscalischen Forst zustehende und bei der Dismembration der Stammstelle ausdrücklich vorbehaltene, Waldstreu-Berechtigung in ihrem ursprünglichen Umfange oder nur nach dem gegenwärtigen Landzubehör abzufinden sei?

Der Fiscus hat das Letztere behauptet, indem er der Ansicht ist, daß der Theil der Gerechtsame, welcher von der B.schen Stelle nicht mehr ausgeübt werden könne, untergegangen sei. Der Appellations-Richter hat diese Ansicht für unbegründet erachtet und angenommen, daß der Vorbehalt in Frage, nach seiner wahren Bedeutung, die Abfindung für die voraussichtliche Ablösung betroffen habe und nach dieser Richtung hin zulässig gewesen sei. Die Nichtigkeitsbeschwerde beschuldigt deshalb den Appellations-Richter die §§. 11. 12. Tit. 22., §. 22. Tit. 19., den

§. 125. Tit. 2. Thl. I. des A. L.-R., so wie den §. 108. der Einleitung und die §§. 56., 147. der Gemeinheits-theilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821. verletzt zu haben, indem sie aus der Natur der Streugerechtigkeit, als eines auf das Bedürfniß des berechtigten Grundstücks beschränkten subjectiv dinglichen Rechtes, folgert, daß sie bei der Dismembration nur insoweit der Stammstelle hätte vorbehalten werden können, als deren Bedürfniß es demnächst erfordert.

Die Beschwerde ist begründet. Der §. 108. der Einl. zum A. L.-R. bestimmt:

Das Recht, welches von dem Dasein oder der Dauer eines anderen Rechtes oder einer Sache abhängt, geht mit dem Rechte oder der Sache, worauf es beruht, zugleich verloren.

Wenn, wie gezeigt worden, das wirthschaftliche Bedürfniß an Streu von dem zu überwinternden Viehe und beziehungsweise von dem Landzubehör der berechtigten Stelle abhängt und demnach mit diesem correspondirt, so muß im Falle ein Theil des Landes von der Stelle auf unwiderrufliche Weise getrennt wird, ihr also verloren geht, auch der correspondirende Theil der Streuberechtigung verloren gehen, und der Vorbehalt derselben bei der Zerstückelung des Hofes kann keine Wirkung haben; mit der reellen Verminderung des Bedürfnisses vermindert sich vielmehr der Umfang des Rechtes und der Appellations-Richter verletzt, indem er dies nicht anerkennt, das bezogene Gesetz, so wie die Vorschriften über die subjectiv dinglichen Rechte. Wenn aber der Appellations-Richter die wahre Bedeutung des gedachten Vorbehaltes bei den Dismembrations-Verträgen in der Abfindung für abgelöste Berechtigung findet, so rechtfertigt auch dies seine Entscheidung nicht; denn nach dem §. 56.

der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821. wird die Aufhebung der Gemeinheit dadurch bewirkt, daß den sich auseinander setzenden Theilnehmern an Stelle ihrer Berechtigung eine angemessene Entschädigung zur ausschließlichen und freien Verfügung überwiesen wird und die Entschädigung ist ein Surrogat der dafür abgetretenen Grundstücke oder dadurch abgelöseten Berechtigungen. §. 147. a. a. O. Die Abfindung ist mithin der abzulösenden Berechtigung gemäß zu bemessen, und wenn die J.'sche Stelle durch die Dismembration lange vor der Ablösung bereits ihr Streurecht zum größten Theil verloren, dafür mithin keine Abfindung zu fordern hatte, so konnte deren Besitzer eine solche auch für sich nicht vorbehalten, und es trifft den Appellations-Richter der Vorwurf, die zuletzt bezogenen Gesetze verletzt zu haben.

Dem gegenüber erscheint auch die Annahme des Appellations-Richters, daß der Fiscus sich der vollen Abfindung nicht hätte erwehren können, wenn sämmtliche gegenwärtigen Besitzer des Hofes gemeinschaftlich gegen ihn aufgetreten wären, unrichtig, und das zweite Erkenntniß muß vernichtet werden.

In der Sache selbst ist hiernach aber auch das erste Erkenntniß nach der Appellationsbeschwerde des Fiscus abzuändern.

Der erste Richter führt aus, daß durch die Dismembration des J.'schen Hofes, unter Belassung der Streugerechtsame in der fiscalischen Forst bei der Stammstelle, wenn schon der Besitzer der letzteren auf deren Bedarf für die Dauer der Natural-Ausübung beschränkt sei, doch weder die Gerechtsame beschränkt, noch verloren gegangen sei, die Befugniß zu deren Ausübung in dem ganzen ursprünglichen Umfange vielmehr wieder eintreten müsse, sobald der Stamm-

gutsbesitzer die Parcellen mit seiner Stelle wieder vereinige, oder den Besitzern der übrigen Parcellen die Streu-Antheile nachträglich überlasse, welches beides in seiner freien Entschließung liege.

Diese Ausführung ist verfehlt. Die Ausübung des Rechtes ist von dem Bestehen des Rechtes selbst, resp. dem Umfange desselben, abhängig, da sie nur darauf beruht, und wenn die Parcellen des J.'schen Hofes unstreitig veräußert worden, die Dismembration also auf einem unwiderruflichen Titel beruht, so hängt es nicht von der Willkür des jetzigen Hofbesitzers ab, die Stelle so wieder herzustellen, wie sie vor der Zerstückelung bestand. War aber, wie bei Beurtheilung der Nichtigkeitsbeschwerde gezeigt worden, durch die Zerstückelung das Recht zum Theil erloschen, so würde solches auch durch eine Wiedervereinigung der Parcellen mit dem Stammgute nicht neu aufleben, und die Möglichkeit einer solchen Wiedereinigung kann in keiner Weise von Erheblichkeit sein; es kann weder von einem Ruhen des Rechtes, welches die Befugniß zur Ausübung voraussetzt, noch von einem Bestehen der vollen Gerechtsame in Bezug auf dessen Ablösung die Rede sein; diese muß vielmehr nach dem Rechtszustande zur Zeit derselben erfolgen und B. kann die Abfindung nicht für mehr, als das ihm zugestandene eine Haupt Großvieh beanspruchen. Auf gleichen Grundsätzen beruht das Präj. vom 6. März 1855. Nr. 2610., wenn gleich solches die Weideberechtigung eines zerstückelten Grundstückes betrifft. (Entscheid. Bd. 30. S. 277.) Das Präj. vom 31. October 1867. steht dem nicht entgegen. (Striethorst's Archiv, Bd. 68. S. 223.)

№ 19.

Geistlicher Sühneversuch im Ehescheidungs-Processe.

Darf eine Ehescheidungsklage angenommen werden, wenn der zu verklagende Ehegatte eine wider ihn erkannte Zuchthausstrafe auf der Straf-Anstalt abbüßt, und der klagende Theil dort, Behufs des vorzunehmenden geistlichen Sühneversuches, nicht erscheinen will oder kann, die geistliche Sühne daher nur abgesondert mit jedem Ehegatten sich versuchen läßt?

Verordnung über das Verfahren in Ehesachen vom 28. Juni 1844. §§. 10. ff. (G.-S. S. 185.)

Der Kaufmann W. war durch das Erkenntniß des Schwurgerichtes zu Memel vom 6. November 1868. wegen Theilnahme an dem Verbrechen des wissentlichen Gebrauches eines falschen Wechsels rechtskräftig zu drei Jahren Zuchthaus und 200. Thlrn. Geldbuße, welcher im Unvermögensfalle noch vier Monate Zuchthausstrafe substituirt sind, verurtheilt worden; eine Strafe, welche er in der Strafanstalt zu Insterburg abbüßte. Gestützt hierauf klagte dessen Ehefrau auf Grund des §. 704. Thl. II. Tit. 1. des A. L.-R.:

Grobe Verbrechen gegen Andere, wegen welcher ein Ehegatte harte und schmähliche Zuchthaus- oder Festungsstrafe nach Urtel und Recht erlitten hat, berechtigen den daran unschuldigen Theil, die Scheidung zu suchen, —

gegen denselben auf Scheidung und durch die gleichlautenden

Erkenntnisse des Kreisgerichtes zu Memel, sowie des ostpreußischen Tribunals zu Königsberg vom 25. April resp. vom 8. November 1870. ist, des Widerspruches des Verklagten ungeachtet, die Ehe der Parteien getrennt. In der Rechtfertigung der von dem Verklagten gegen das Appellations-Urtel noch eingelegten Revision wendete derselbe ein: es fehle noch ganz an einem, den Gesetzen entsprechenden, Versuche der geistlichen Sühne, da die Parteien zu diesem Zwecke weder vor dem Prediger der Strafanstalt zu Insterburg, noch vor dem competenten Geistlichen in Memel zusammen gekommen wären; die Klägerin müßte also schon deshalb mit ihrer Ehescheidungsklage, jedenfalls zur Zeit, abgewiesen werden. Diesen Einwand hat der erste Senat des Ober-Tribunals in seinem Revisions-Erkenntnisse vom 19. Mai 1871. verworfen und zwar aus folgenden

Gründen.

Den eventuellen Antrag auf Abweisung der Klägerin zur Zeit stützt der Revident darauf, daß es im vorliegenden Falle noch an einem, den Gesetzen entsprechenden, Versuche der geistlichen Sühne fehle. Diese Rüge erscheint jedoch nicht als begründet. Der Strafanstalts-Prediger Sch. hat freilich die geistliche Sühne nur einseitig mit dem dort detinirten W., dem Verklagten, versucht, und anderer Seits attestirt der Superintendent H. zu Memel blos, daß der mit der Klägerin wiederholt unternommene Sühneversuch völlig mißlungen sei. Im vorliegenden Falle und unter den hier obwaltenden Umständen genügt indessen das eingeschlagene Verfahren, wenn gleich sonst und im Allgemeinen anzuerkennen ist, daß die den geistlichen Sühneversuch in Ehesachen betreffenden Vorschriften in dem Sinne dem öffentlichen Rechte angehören und dergestalt zwingender Natur sind, daß es

weder den Parteien, noch den Geistlichen, oder Gerichten gestattet ist, willkürlich davon abzuweichen.

Allerdings schreiben die §§. 10. und 11. der Verordnung vom 28. Juni 1844. ganz allgemein vor:

> Die Ehescheidungsklage kann erst dann angenommen werden, wenn durch ein Attest des competenten Geistlichen nachgewiesen wird, daß er auf die Anzeige des Ehegatten, welcher die Scheidung beabsichtigt, die Sühne versucht hat, dieser Versuch aber fruchtlos geblieben ist.
>
> Beide Theile sind verbunden, sich zu diesem Sühneversuche vor dem Geistlichen zu gestellen. Nöthigenfalls ist der verklagte Theil dazu durch seinen persönlichen Richter anzuhalten: das Ausbleiben des klagenden Theils wird als Zurücknahme seiner Anzeige betrachtet.

Und es ist auch richtig, daß keiner der in den §§. 12. und 13. das. und in der Verordnung vom 30. März 1847. §. 18. (G.=S. S. 128.) aufgeführten Ausnahmefälle hier Platz greift. Dennoch kann der Schlußfolgerung des Revidenten, es fehle hier an einem, den Gesetzen entsprechenden, geistlichen Sühneversuche, nicht beigepflichtet werden. Der Fall, daß der verklagte Ehegatte, wie hier, zur Zuchthausstrafe verurtheilt worden ist und sich zu deren Abbüßung in der Strafanstalt befindet, mithin gesetzlich verhindert ist, sich, dem §. 11. a. a. O. entsprechend, freiwillig vor dem competenten Geistlichen zu dem Sühneversuche zu gestellen, (Strafgesetz Buch für die preußischen Staaten §. 11. Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund §. 15.), ist in der Verordnung vom 28. Juni 1844. nicht besonders vorgesehen. Und da anderer Seits der allegirte §. 704. grade in der Verbüßung derartiger Freiheitsstrafen für den unschuldigen Theil einen Grund anerkennt, die Scheidung zu suchen, so sind schon früher

mehrfach Zweifel darüber, wie in einem solchen Falle zu verfahren, sowie über die Auslegung der oben gedachten §§. 10. bis 12. der Verordnung vom 28. Juni 1844. entstanden. Der Strafanstalts-Geistliche N. N. hatte schon im Jahre 1846. den Wunsch zu erkennen gegeben, daß, Behufs der Abhaltung von Sühneversuchen zwischen Ehegatten, von denen der eine Theil in der Strafanstalt eine über ihn verhängte Strafe verbüße, möglichst dahin gewirkt werden möge, den Sühneversuch von dem Strafanstalts-Geistlichen, im persönlichen Zusammensein beider Theile, abzuhalten. Dieser Bericht gab dem damaligen Minister der geistlichen, Unterrichts- und Medicinal-Angelegenheiten, Veranlassung, deshalb mit dem Justiz-Minister in Communication zu treten, und er hat sich sodann in der an die sämmtlichen Consistorien erlassenen Circular-Verfügung vom 5. Juli 1847. dahin ausgesprochen: „Im Allgemeinen kann es nur als wünschenswerth anerkannt werden, daß die Sühne unter persönlichem Zusammensein beider Theile, also am Orte der Strafanstalt von dem Geistlichen dieser Anstalt versucht werde. Um das hierzu erforderliche Erscheinen des in Freiheit befindlichen Theiles zu bewirken, läßt sich aber ein anderes Mittel als eine freundliche Aufforderung zum freiwilligen Erscheinen, nicht in Anwendung bringen. Das Gesetz (§. 10. der Verordnung vom 28. Juni 1844.) fordert das Erscheinen vor dem competenten Geistlichen. Nach Vorschrift der §§. 77.—79. Thl. II. Tit. 19. des A. L.-R. stehen aber dem Strafanstalts-Geistlichen nur über die Person des in Haft befindlichen Ehegatten, so lange diese Haft dauert, wirkliche Parochialrechte zu; der in Freiheit gebliebene Ehegatte gehört nach, wie vor, der Parochie des ordentlichen Seelsorgers seines Wohnortes an. Die versöhnende Vermittelung des Strafanstalts-

Geistlichen kann daher für beide Ehegatten nur dann eintreten, wenn der in Freiheit befindliche Theil sich von selbst, oder auf freundliche Aufforderung am Orte der Strafanstalt einfindet. Ist der in Freiheit befindliche Theil nicht in der Lage, die Reise unternehmen zu können, oder lehnt er es ab, sich an den Ort der Strafanstalt zu begeben, so muß der Sühneversuch mit jedem der Ehegatten gesondert vorgenommen und von dem Geistlichen der Strafanstalt und dem Geistlichen des Wohnortes der Ehegattin ein besonderes Attest ausgestellt werden."

Ministerial-Blatt für die gesammte innere Verwaltung Jahrgang 8. 1847. S. 255.

Ein Ober-Landesgericht, — den früheren Ober-Landesgerichten stand nach der damaligen Justiz-Organisation die Gerichtsbarkeit in Ehesachen zu, (Verordnung vom 28. Juni 1844. §. 1.), — hatte in zwei Fällen die Einleitung des Ehescheidungsprozesses verweigert, weil die Parteien zur Bewirkung des geistlichen Sühneversuches nicht persönlich zusammengebracht werden konnten, indem die Ehemänner zur Abbüßung von Strafen sich in entfernten Gefängniß-Anstalten befanden. Die deshalb von dem Anwalte der klagenden Ehefrauen bei den höheren Instanz-Gerichten geführte Beschwerde ist erfolglos geblieben; die letzteren sind von der Ansicht ausgegangen, daß die Bestimmung des §. 11. der Verordnung vom 28. Juni 1844. keine weiteren Ausnahmen, als die in den §§. 12. und 15. angegebenen, gestatte, und daß der §. 74. der Verordnung auch den §. 28. Tit. 40. Thl. I. der A. G.-O. aufgehoben habe. In Folge einer Immediat-Eingabe des Anwaltes ist hierauf das Geheime Ober-Tribunal zu einer Plenar-Berathung und gutachtlichen Aeußerung darüber aufgefordert worden: ob nach der bestehenden Gesetzgebung, insbesondere

nach der Verordnung vom 28. Juni 1844. die Ehescheidungs-klage in den beiden Fällen:

1. wenn das Zusammenbringen der Eheleute, Behufs des geistlichen Sühneversuches, unausführbar erscheint, der Sühneversuch aber doch mit jedem Theile besonders vorgenommen werden kann, oder
2. wenn der Sühneversuch überhaupt nicht oder doch nur mit einem der Ehegatten stattfinden kann,

eingeleitet werden darf, oder ob es, um den Richter hierzu zu ermächtigen, einer gesetzgeberischen Bestimmung bedürfe?

Bei der hierüber in der Plenarsitzung vom 19. October 1847. stattgehabten Berathung hat sich das Collegium einhellig zu der Ansicht vereinigt, daß es einer gesetzgeberischen Einschreitung nicht bedürfe. Es wird dies in dem Gutachten vom 19. October 1847. näher ausgeführt, und dessen Inhalt am Schlusse noch einmal dahin zusammengefaßt: „Es ist nicht der Wille des Gesetzgebers, eine begründete Klage auf Ehetrennung deshalb, weil die gewöhnliche, zu ihrer Einleitung erforderliche, Form unausführbar ist, zurückzuweisen, wie dies namentlich in der Verordnung vom 30. März 1847. klar ausgesprochen ist, und wie auch aus den Vorschriften in den §§. 20. und 38. der Verordnung vom 28. Juni 1844. über die gerichtlichen Sühneversuche hervorleuchtet. Es ist daher vom Richter in jedem Falle zu prüfen, ob und in welcher Art der geistliche Sühneversuch möglich und ausführbar ist; und er ist nach der bestehenden Gesetzgebung befugt, die Ehescheidungs-Klage auch dann einzuleiten, wenn der Sühneversuch des Geistlichen zwar nicht unter Zusammenbringung beider Ehegatten, aber doch mit Jedem derselben besonders, oder nur mit einem der Ehegatten hat stattfinden können, endlich aber, wenn auch dies sich als unmöglich herausstellt, ohne vor-

gängigen geistlichen Sühneversuch." Justiz-Ministerial Blatt von 1848. S. 2.—5.

Endlich spricht sich der Präsident Korb in einem: „Der geistliche Sühneversuch in Entscheidungssachen nach der Verordnung vom 28. Juni 1844." überschriebenen Aufsatze, grade unter Bezugnahme auf das obige Circular-Rescript vom 5. Juli 1847., ebenfalls dahin aus:

„Nur wenn von Abhaltung eines Sühneversuches zwischen Ehegatten, von welchen der eine Theil in einer Strafanstalt detinirt wird, die Rede ist, läßt sich, zur Bewirkung der Anwesenheit des zweiten Ehegatten ein anderes Mittel, als die freundliche Aufforderung zum freiwilligen Erscheinen, nicht anwenden. Es muß daher in solchen Fällen eventuell von den betreffenden zwei Geistlichen der Sühneversuch mit jedem der Ehegatten abgesondert vorgenommen werden." Justiz-Ministerial-Blatt von 1851. S. 302.

Demgemäß ist auch im gegenwärtigen Falle verfahren worden; es liegt daher kein Grund vor, die Klägerin, wie der Revident verlangt, um deswillen mit ihrer Klage zur Zeit abzuweisen, weil es für jetzt noch an einem, den Gesetzen entsprechenden, geistlichen Sühneversuch fehle. Ohne zutreffenden Grund beruft der Revident sich, zur Rechtfertigung seiner entgegengesetzten Ansicht, auf das diesseitige Revisionsurtel vom 28. Januar 1861. (Striethorst's Archiv, Bd. 40. S. 166.)

Die Streitfrage, welche gegenwärtig zu erörtern ist, war damals gar nicht erhoben und eben sowenig ist sie dort präjudicirlich entschieden. Damals hatte sich die in Rehden wohnende klagende Ehefrau, zum Zwecke des geistlichen Sühneversuches mit ihrem auf der Strafanstalt zu Graudenz eine mehrjährige Zuchthausstrafe verbüßenden Ehemanne,

freiwillig in Graudenz eingefunden, und der dortige Strafanstalts-Prediger hatte mit beiden Ehegatten die geistliche Sühne, jedoch erfolglos, versucht. Der Verklagte wandte damals ein, jener Strafanstalts-Prediger sei nicht der „competente Geistliche" im Sinne des §. 10. der Verordnung vom 28. Juni 1844. Dieser Einwand ist in dem Revisions-Urtel vom 28. Januar 1861. als unzutreffend verworfen, und bemerkt: wenn die Klägerin sich an den Strafanstalts-Prediger wandte, und Letzterer mit beiden Ehegatten die Sühne versucht hat, so ist in der That Alles geschehen, was zu diesem Zwecke geschehen konnte und gesetzlich erforderlich war. Diese Ausführung schloß sich an die Lage des damaligen Falles an; es ist aber daraus nicht — gleichsam per argumentum a contrario, — zu folgern, daß, wenn ein solches Zusammenkommen beider Eheleute nicht zu ermöglichen gewesen, die geistliche Sühne vielmehr nur abgesondert, mit dem inhaftirten Ehemanne von dem Geistlichen der Strafanstalt, und mit der klagenden Ehefrau, von dem Seelsorger ihres Wohnortes, vorgenommen ist, ein solcher Sühneversuch zur Einleitung der Ehescheidungsklage nicht ausreiche. Zu einer Erörterung dieser Art bot jener Fall gar keine Veranlassung dar; während hier die Klägerin gleich angezeigt hat, daß keiner von ihnen Vermögen besitze, so daß es ihr, neben drei Kindern von 9. 8. und 2. Jahren, — auch an den erforderlichen Mitteln gefehlt haben wird, zum Zwecke des geistlichen Sühneversuches, die Reise von Memel nach Insterburg, in einer Entfernung von etwa zwanzig Meilen, zu unternehmen.

№ 20.

Rückwirkende Kraft des §. 23. des Gesetzes vom 24. April 1854.

Findet der §. 23. des Gesetzes vom 24. April 1854. auch auf Erbansprüche eines unehelichen Kindes gegen seinen natürlichen Vater Anwendung, wenn derselbe vor der Gesetzeskraft dieses Gesetzes gestorben ist?

Gesetz, betr. die Abänderungen des Abschn. 11. Tit. 1. Thl. II. und des Abschn. 9. Tit. 2. Thl. II. des A. L.-R., vom 24. April 1854. §§. 23. 12. 13. 18. 19. 1. 2. 6. 8. 9. (Ges.-S. S. 193.)

A. L.-R. Einleitung §. 14. Thl. II. Tit. 2. §§. 612. 613. 618. 619. 620. 651.—654.

Die obige Frage ist in der Proceßsache der verehelichten B. gegen die Erben des Oeconomen R. näher erörtert worden. Das Kammergericht hat das, die Klägerin abweisende Urtel des Stadtgerichtes zu Berlin vom 12. October 1869, unterm 7. April 1870. bestätigt, und der erste Senat des Ober-Tribunals hat die von ihr eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde am 23. Januar 1871. zurückgewiesen.

Das Sachverhältniß, soweit es darauf zur Beurtheilung obiger Frage ankommt, und die Motive dieser Entscheidung ergeben die nachstehenden

Gründe.

Die Implorantin ist mit den Erbansprüchen an den Nachlaß des am 12. April 1846. gestorbenen Bruders der Verklagten, welche sie lediglich aus dem Rechte ihres am 17. December 1843. geborenen, und am 8. October 1848.

gestorbenen außerehelichen Sohnes, als dessen Erbin, weil jener die Vaterschaft zu ihrem Kinde anerkannt habe, im Jahre 1869. geltend gemacht hat, vom Appellations-Richter auf Grund der §. 13. Nr. 2., §. 19. Nr. 1. und §. 23. des Gesetzes vom 24. April 1854. abgewiesen worden. Und zwar hat der Appellations-Richter, unter Bezugnahme auf die bei der Berathung in der zweiten Kammer rücksichtlich des §. 23. stattgefundene Discussion, — an deren Schlusse der damalige Justiz-Minister geäußert: es ließen sich sehr gewichtige Gründe dafür anführen, auf die vorliegenden, d. h. die Rechte der schon geborenen unehelichen Kinder betreffenden, Verhältnisse, die Bezeichnung wohlerworbener Rechte nicht anzuwenden, — angenommen: daß für alle Ansprüche auf den Sextans (§. 652. Tit. 2. Thl. II. des A. L.-R.), welche nach Erlaß des Gesetzes von 1854. erhoben würden, die Vorschriften des §. 19. desselben, deren Voraussetzungen hier, nach dem eigenen Vortrage der Klägerin, nicht vorlägen, zur Bedingung gemacht seien, und daß nicht mehr auf die landrechtlichen Vorschriften (namentlich die des §. 654. a. a. O.) zurückgegangen werden könne.

Hiergegen ist die Nichtigkeits-Beschwerde der Klägerin gerichtet. Sie rügt die Verletzung, resp. falsche Anwendung der §§. 654. 652. Tit. 2. Thl. II. des A. L.-R. und der §§. 19. und 23. des Gesetzes vom 24. April 1854., weil der §. 23. nicht beabsichtige, wohlerworbene Rechte rückwärts aufzuheben, dessen allgemeiner Ausdruck vielmehr nur auf die im Gesetze enthaltenen processualischen Vorschriften, namentlich wegen der im Appellations-Erkenntnisse citirten Ausdrücke des Justiz-Ministers, nicht auch auf den Fall, wo der außereheliche Vater bereits gestorben, zu beziehen, und weil im vorliegenden Falle, wo nicht nur der Erbschaftserwerb des unehelichen Kindes beim Tode des außer-

ehelichen Erzeugers bereits eingetreten, sondern auch das Erbrecht des unehelichen Kindes schon durch Todesfall auf einen dritten Erben übergegangen gewesen, nach der ganzen Fassung des gedachten Gesetzes die Anwendbarkeit der §§. 19. und 23. nicht statuirt sei, die citirten Paragraphen des Allgemeinen Landrechts daher nach, wie vor, als entscheidend angesehen werden müßten, da 1854. das uneheliche Kind gar nicht mehr der Träger des durch den vorher bereits ohne Proceß regulirten Erbfall erworbenen Rechtes gewesen sei.

Diese Angriffe sind jedoch verfehlt. Zunächst ist es selbstverständlich, daß, da die Klägerin keine eigenen Erbrechte auf den Nachlaß ihres angeblichen Schwängeres hat, ihre Ansprüche vielmehr lediglich aus dem Rechte des von ihr beerbten Kindes herleitet und auch nur herleiten kann, es allein darauf ankommt, ob dies Kind selbst, wenn es 1869. gelebt hätte, noch Erbrechte auf den Nachlaß seines angeblichen natürlichen Vaters würde haben geltend machen können. Klägerin, als Erbin des Kindes, hat weder mehr, noch andere Rechte, als diesem selbst zugestanden hätten, und daraus folgt mit Nothwendigkeit, daß Klägerin das prätendirte Erbrecht nur unter denselben Voraussetzungen für sich in Anspruch nehmen kann, unter welchen ihr Kind dasselbe im Proceßwege zu verfolgen berechtigt sein würde. Im Uebrigen giebt der Inhalt der Nichtigkeits-Beschwerde zu erkennen, daß Implorantin selbst nicht in Zweifel zu stellen gemeint gewesen ist, daß ein Gesetz vermöge seines zwingenden Charakters auf vergangene Fälle, (schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten §. 14. Einl. zum A. L.-R.) gezogen und angewendet werden dürfe und müsse, wenn es sich selbst rückwirkende Kraft beilege. Es kommt daher nur darauf an, ob der §. 23. des Gesetzes vom

24. April 1854. diese Bedeutung hat? Und dies ist mit dem Appellations-Richter anzunehmen. Das Allgemeine Landrecht enthält im Abschnitte 9. Tit. 2. des II. Theiles folgende Bestimmungen:

§. 612. Unehelich geborene Kinder ꝛc. können (der Regel nach) von dem Vater bloß Unterhalt und Erziehung fordern.

§. 613. Dazu ist der Vater verpflichtet, auch wenn die Mutter nach dem 11. Abschnitte des 1. Titels (§§. 1015.—1119.) entweder gar keine, oder nur die geringere Art der Enschädigung zu fordern hat.

§. 618. Bei der Untersuchung und Beurtheilung: ob das Kind von dem angegebenen Vater erzeugt sei, muß nach den im 11. Abschnitte des vorigen Titels (§§. 1015.—1119.) enthaltenden Grundsätzen verfahren werden.

Die §§. 619., 620. verordnen sodann, daß, wenn die Mutter des Kindes in dessen gesetzlicher Conceptionszeit mit mehreren Männern zugehalten habe, von diesen Einer nach dem Andern zur Erfüllung der einem unehelichen Kinde schuldigen Pflichten in Anspruch genommen werden könne. Weiter aber heißt es im §. 652.:

Sind keine dergleichen eheliche Abkömmlinge und auch keine letztwillige Verordnung des Vaters vorhanden, so gebührt den unehelichen Kindern der sechste Theil des Nachlasses nach den in den §§. 581. bis 583. enthaltenen, (die Kinder aus Ehen zur linken Hand betreffenden), näheren Bestimmungen.

§. 653. Uneheliche Kinder, deren Mutter um die Zeit ihrer Erzeugung mit mehreren Mannspersonen zugehalten hat, können dergleichen Erbtheil nicht fordern.

§. 654. Es müssen daher uneheliche Kinder, die sich ein

solches Erbrecht anmaßen wollen, entweder ein freiwilliges Anerkenntniß des vorgeblichen Vaters nachweisen; oder ein rechtskräftiges Urtel, wodurch ihnen noch bei Lebenszeit des Vaters ein dergleichen Erbrecht vorbehalten worden, beibringen.

Das Gesetz vom 24. April 1854. hat die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts Thl. II. im Abschnitte 11. des ersten und im Abschnitte 9. des zweiten Titels in sehr wesentlichen Punkten abgeändert und zwar:

1. unter gänzlicher Aufhebung des Abschnittes 11. Tit. 1. (§§. 1015.—1119.), durch die Festsetzung, daß außerehelich geschwängerte Frauenspersonen nur in den in den §§. 1., 2., 6. und 8. bestimmten Fällen, dagegen niemals unter den im §. 9. angegebenen Voraussetzungen Ansprüche gegen den Schwängerer sollen machen können;
2. durch Aufstellung von besonderen Beweisregeln für Klagen, welche auf Grund des unehelichen Beischlafes gegen den Schwängerer von Seiten der Geschwängerten oder des unehelichen Kindes erhoben werden (§§. 16. bis 18.);
3. durch die, die unehelichen Kinder betreffenden, Bestimmungen, von denen lauten:

§. 12. In Ansehung der unehelichen Kinder bleiben die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechtes, soweit sie nicht durch die folgenden Bestimmungen abgeändert sind, ferner in Kraft.

§. 13. Ein Anspruch des unehelichen Kindes findet nur in denjenigen Fällen statt, in welchen

1. nach den Bestimmungen der §§. 1., 2., 6., 8. und 9. ein Anspruch der Mutter gegen den Schwängerer begründet ist; oder

2. wenn das Kind zur Begründung seiner Ansprüche ein ausdrückliches, in einer öffentlichen Urkunde abgegebenes Anerkenntniß der Vaterschaft von Seiten des Schwängerers beizubringen vermag.

§. 19. Weder in den Ansprüchen der Geschwängerten, noch in denen des Kindes wird durch den Tod des Schwängerers etwas geändert; diese Ansprüche können vielmehr auch gegen dessen Erben verfolgt werden.

Jedoch behält es bei dem §. 652. Tit. 2. Thl. II. und dem §. 97. des Anhanges des A. L.-R. sein Bewenden.

Das gesetzliche Erbrecht am Nachlasse des Vaters steht aber dem unehelichen Kinde nur zu, wenn es entweder

1. ein nach §. 13. ausgestelltes Anerkenntniß beizubringen vermag, oder
2. der Erblasser in einem bei seinen Lebzeiten ergangenen, wenn auch erst nach seinem Tode rechtskräftig gewordenen, Urtheile als Vater des Kindes erachtet, oder die Vaterschaft von einem der Mutter des Kindes oder dessen Vertreter auferlegten Eide abhängig gemacht ist.

Und nachdem im §. 22. gewisse Paragraphen des Allgemeinen Landrechtes und darunter die, den ganzen Abschnitt 11. Tit. 1. Thl. II. umfassenden §§. 1015.—1119., sowie aus dem Abschnitte 9. Tit. 2. auch die oben angegebenen §§. 613., 618.—620. und 653. außer Anwendung gesetzt sind, enthält der Schluß des §. 23. folgende Bestimmung:

Das gegenwärtige Gesetz findet auf diejenigen Fälle

Anwendung, die zu der Zeit, wo dasselbe in Kraft tritt, noch nicht durch Insinuation der Klage rechtsanhängig waren.

Daß das Gesetz auch auf Ansprüche der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger oder deren Erben Anwendung findet, ist nach dem §. 18. und dem Absatze 1. des §. 19. unbedenklich. Die ganz allgemeine Fassung des §. 23. gestattet aber keine Ausnahme in Betreff der Ansprüche unehelicher Kinder auf ein gesetzliches Erbrecht zum sechsten Theile des Nachlasses ihres natürlichen Vaters. Das neuere Gesetz sagt im Absatze 3. des §. 19. kategorisch: daß das nach dem §. 652. Tit. 2. Thl. II. des A. L.-R. unehelichen Kindern, beim Nichtvorhandensein ehelicher Kinder und einer letztwilligen Verordnung des Vaters an dessen Nachlaß, gebührende gesetzliche Erbrecht, einem unehelichen Kinde nur unter den in diesem Absatze 3. zu 1. und 2. bestimmten Voraussetzungen zustehe; und da im §. 23. hinsichtlich des §. 19. eine Unterscheidung von den übrigen Paragraphen weder ausdrücklich gemacht, noch irgend angedeutet ist, so findet der §. 19., welcher unter Nr. 1. an Stelle des im §. 654. Tit. 2. Thl. II. des A. L.-R. verlangten „Nachweises eines freiwilligen Anerkenntnisses des vorgeblichen Vaters" die „Beibringung eines ausdrücklichen, in einer öffentlichen Urkunde abgegebenen, Anerkenntnisses der Vaterschaft", also offenbar ein Mehreres, unter Nr. 2. dagegen, statt des rechtskräftigen Urtels, wodurch dem unehelichen Kinde noch bei Lebzeiten des Vaters „das gesetzliche Erbrecht vorbehalten" worden, nur ein „bei Lebzeiten des Vaters ergangenes, wenn auch später erst rechtskräftig gewordenes, dessen Vaterschaft zu dem Kinde unbedingt oder für den Fall eines von der Mutter oder dem Vertreter des Kindes abgeleisteten Eides aussprechendes, Urtel, also ein Minderes erfordert, schon nach allgemeinen

Interpretations-Regeln auf alle Fälle der Geltendmachung eines solchen Erbrechtes im Prozeßwege Anwendung, welche erst nach der Zeit, wo das Gesetz vom 24. April 1854. in Kraft getreten ist, rechtshängig geworden sind. Könnte hierüber aber noch irgend ein Zweifel aufkommen, so wird solcher durch die Materialien desselben, auf welche zur Feststellung seines nächsten und unzweifelhaften Grundes zurückgegangen werden darf und soll, (§. 46. Einl. zum A. L.-R.), jedenfalls gänzlich beseitigt.

In dem von der Staats-Regierung, auf Grund Allerhöchster Ermächtigung vom 5. December 1853., zunächst der ersten Kammer vorgelegten Entwurfe des in Rede stehenden Gesetzes, befindet sich eine Schlußbestimmung, wie sie der §. 23. des publicirten Gesetzes vom 24. April 1854. enthält, nicht. Die Commission der ersten Kammer erachtete bei Berathung des Entwurfes für selbstverständlich, daß es einer Erläuterung dahin: die Anwendbarkeit der bisherigen Gesetze sei nach Publication des neuen nicht nach dem Zeitpunkte der Geburt, sondern der Empfängniß des unehelichen Kindes zu beurtheilen, nicht bedürfe, weil dies schon aus dem nicht aufgehobenen Grundsatze folge, daß neuen Gesetzen keine rückwirkende Kraft beizulegen sei. (Drucksachen der ersten Kammer 1853./54. Stenographische Berichte, 3. Band, Anlagen S. 57. ff. 70.) Die Commission der zweiten Kammer brachte dagegen den §. 23. in seiner jetzigen Fassung aus practischen Gründen, und weil die Ansprüche, welche durch das neue Gesetz beseitigt werden sollten, ihrer besonderen Natur nach, als erworbene Rechte nicht angesehen werden könnten, in Vorschlag. (Drucksachen der zweiten Kammer 1853./54. Nr. 207). Und dieser neu vorgeschlagene Paragraph wurde in der Sitzung am 20. März

1854., wenn auch nicht ohne Widerspruch, angenommen. Zu den Widersprechenden gehörte ein Abgeordneter wegen des im §. 14. der Einleitung zum Allg. Landrecht enthaltenen Grundsatzes, und ein Zweiter, welcher das Recht eines schon geborenen unehelichen Kindes auf Alimente und auf den Sextans nach den bestehenden Gesetzen als ein unzweifelhaft schon wirklich erworbenes angesehen wissen wollte, und ausdrücklich darauf aufmerksam machte, daß ein Kind, welches ein „schriftliches“ Anerkenntniß seines außerehelichen Vaters für sich habe, sein durch dessen Todesfall schon begründetes Recht auf den Sextans, den Erben gegenüber, nicht mehr würde geltend machen können, weil er die in dem neuen Gesetze verlangte „öffentliche“ Urkunde nicht für sich habe. Dagegen machte ein anderer Abgeordneter geltend: Allerdings schneide der §. 23. existent gewordene Rechte ab. Es liege nun aber einmal in dem Berufe der Gesetzgebung, Rechte zu geben und zu nehmen, in der Bedeutung von erzwingbaren, klagbaren Rechten. In dem Entwurfe seien nicht wenige Paragraphen zu finden, in welchen bisher vorhanden gewesene Rechte genommen würden. Wenn die Kammer das Recht habe, einfach den Grundsatz des Französischen Rechtes zu proclamiren: die Erforschung der Vaterschaft ist verboten, so stehe ihr gewiß nicht minder die Befugniß zu, den unendlich weniger tief eingreifenden §. 23. zu votiren. Es sei mit vielen und schweren Inconvenienzen verbunden, wenn man hier nicht eine bestimmte Grenzlinie bezeichne.

Der damalige Justiz-Minister aber erklärte: „Wenn der §. 23. die Zustimmung der hohen Häuser erhalte, werde die Regierung kein Bedenken tragen, diesem Votum beizutreten. Es ließen sich sehr gewichtige Gründe dafür anführen, auf die vorliegenden Verhältnisse die Bezeichnung:

wohl erworbene Rechte nicht anzuwenden. Der Gegenstand des Gesetzes sei überhaupt ein solcher, der einer eigentlichen positiven Regulirung in seinem ganzen Detail empfänglich sei; die Ansicht der Commission, daß von einem Anspruche auf wohl erworbene Rechte hierbei kaum die Rede sein könne, gewinne dadurch an Bedeutung. Hierzu komme noch eine fernere Betrachtung: es sei bekanntlich ein Rechtsgrundsatz, daß Proceß-Gesetze sofort zur Anwendung kommen. In Bezug auf einen Theil der heute votirten Bestimmungen sei es aber sehr zweifelhaft, ob sie in die Kategorie des materiellen, oder des Proceßrechtes fielen; von diesem Standpunkte aus ständen besonders Controversen zu befürchten ꝛc.; auch sei Aehnliches in einem neuen Weimarischen Gesetze vorgeschrieben, und der vorgeschlagene §. 23. also nicht als etwas aufzufassen, was in der Gesetzgebung keinen Vorgang hätte." Endlich bemerkte noch der Referent: Es sei ein sehr wichtiger Rechtsgrundsatz, der immer von der Legislatur berücksichtigt werden sollte, daß man in wohl erworbene Rechte durch spätere Gesetze nicht eingreifen dürfe. Allein es lasse sich schwerlich behaupten, daß ein Kind, von dem Moment seiner Conception an, auf diejenigen Präsumtionen und Beweisregeln, welche gegenwärtig aufgehoben oder modificirt würden, ein erworbenes Recht habe. Diese Rechte fielen in der That nur in einem sehr beschränkten Sinne unter den Begriff „wohl erworbene Rechte," die durch die spätere Gesetzgebung geschont werden müßten, und er glaube daher, daß allerdings die practischen Gründe sehr dafür sprächen, den Paragraphen anzunehmen. (Stenogr. Ber. der zweiten Kammer 1853./54. Bd. 2. S. 650.—652.)

Als nun der von der zweiten Kammer mehrfach amendirte Gesetzentwurf an die erste Kammer zurückgelangte,

erklärte sich die Majorität der Commission mit zehn Stimmen gegen vier Stimmen, welche den §. 23. gestrichen haben wollten, für dessen Beibehaltung, und zwar, weil hauptsächlich die practische Nützlichkeit ins Gewicht falle, da, wenn es bei dem Grundsatze des §. 14. der Einleitung zum Allgemeinen Landrechte verbleibe, die verschiedenartigsten Auffassungen bei den Gerichten darüber an's Licht treten würden: welche Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes materiell seien, also keine rückwirkende Kraft hätten, und welche dagegen nur das formelle Proceßverfahren angehen, also auf alle Fälle sofort Anwendung finden. Allen diesen Zweifeln, — heißt es in dem Commissions-Berichte weiter, — würde vorgebeugt werden, wenn man den §. 23. annehme, und damit die Anwendbarkeit des Gesetzes auch auf diejenigen Fälle ausdehne, welche vor seiner Gesetzeskraft lägen, und wo die Klage nicht schon früher insinuirt und dadurch der ältere Anspruch rechtshängig geworden sei. 2c. (Stenogr. Berichte der ersten Kammer 1853./54. 3. Bd., Anlage S. 256.)

Bei der in der ersten Kammer am 31. März 1854. statt gefundenen anderweiten Berathung entgegnete auf die Bemerkung eines Abgeordneten: „der §. 23. verletze zwei fundamentale Rechtsgrundsätze des Allgemeinen Landrechtes, indem, nach dem §. 14. der Einleitung, ein neues Gesetz auf vergangene Fälle nicht Anwendung finden dürfe, und weil, nach dem §. 551. Tit. 9. Thl. I., schon die Anbringung, nicht aber erst die Insinuation der Klage, die Verjährung der Klage durch Nichtgebrauch unterbreche," der damalige Justiz-Minister: Zur Anwendung des Grundsatzes des §. 14. der Einl. zum Allg. Landrechte sei im vorliegenden Falle kein Gegenstand vorhanden, und die Berechtigung zu dem §. 23. werde in der besonderen Natur des Gegenstandes, nämlich

darin gefunden, daß das Fundament eines wohl erworbenen Anspruches überhaupt bei der unehelichen Filiation in Abrede gestellt werden müsse. Er führte in dieser Hinsicht wörtlich aus: „Eine solche Vermuthung, wie bei der ehelichen Gemeinschaft, für die Rechtmäßigkeit der in der Ehe geborenen Kinder eintritt, kann für die Thatsache des festgestellten außerehelichen Beischlafes keinesweges in Anspruch genommen werden. Je mehr es hiernach ungewiß erscheint, ob eine bestimmte Person der Vater eines von der Mutter zur Welt gebrachten unehelichen Kindes sei, umsomehr wird ein wohlerworbener Anspruch der Mutter und des Kindes in Abrede gestellt. Diese Ungewißheit ist besonders dann anzunehmen, wenn die Vorschriften dieses Gesetzes eintreten, welche bei der Frage der Rückanwendung von Interesse sind. Es sind dies grade die Vorschriften, welche die Klage beschränken, wenn die Mutter eine bescholtene Person ist, insbesondere, wenn sie mit mehreren Männern zugehalten hat. Die Folgen, die aus diesen einschränkenden Bestimmungen des Gesetzes sich ergeben, müssen, weil sie auf sittlichen Grundlagen, auf einer sittlichen Nöthigung beruhen, sofort eintreten, ohne daß die Regel, welche dem §. 23. entgegen stehen soll, Anwendung finden kann. Es ist ferner darauf aufmerksam zu machen, daß es zweifelhaft ist, welche Vorschriften des neuen Gesetzes processualischer und welche materieller Natur sind. Die ersteren treten sofort in Wirksamkeit, wie jedes Proceßgesetz. Alle Controversen, welche aus diesem Sachverhalte zu befürchten sind, werden abgeschnitten, wenn Sie den §. 23. annehmen. Die Gerichte, namentlich der oberste Gerichtshof, würden zwar wohl im Stande sein, die Zweifel zu lösen; indeß, da diese Vorschriften nur eine transitorische Natur haben, so würde, wenn die Rechtsprechung damit zu

Stande gekommen wäre, die Grundsätze zu reguliren, es an Fällen zu deren Anwendung fehlen."

Der Minister hat dann noch Bezug genommen auf die Abhandlung von Savigny's im System des Römischen Rechtes Bd. 8. S. 373. ff. 399., über die Rückanwendung neuer Gesetze, welche eine besondere Untersuchung über die Frage: inwiefern die Ansprüche unehelicher Kinder als wohlerworbene Rechte zu betrachten seien und das Verbot der Rückanwendung neuer Gesetze dabei Platz greifen könne? enthält, und worin, nach Vorausschickung der Betrachtung, wie sehr außer der Ehe die Thatsache der Paternität ungewiß sei, mit Rücksicht darauf, daß solche Gesetze durch ihren Zusammenhang mit sittlichen Zwecken stets einen zwingenden Charakter haben, als Resultat der Untersuchung der, sowohl mit dem Französischen Rechte, (Code civil Art. 340.), als mit der Preußischen Gesetzgebung in den Publications-Patenten vom 9. September 1814. §. 11. (Ges.-S. S. 89.) und vom 9. November 1816. §. 14. (Ges.-S. S. 217. 225.) übereinstimmende Rechtssatz vertheidigt ist: Daß das neue Gesetz über uneheliche Kinder augenblicklich zur Anwendung kommen müsse, ohne Rücksicht auf das Gesetz, welches zur Zeit der Erzeugung oder der Geburt des Kindes bestanden habe.

Eine weitere Discussion hat dann nicht mehr statt gefunden, und bei der noch in derselben Sitzung erfolgten Abstimmung ist sowohl der §. 23., als das ganze Gesetz von der ersten Kammer durch Stimmenmehrheit angenommen worden. — (Stenogr. Ber. der ersten Kammer 1853./54. Bd. 2. S. 540.—542.)

Aus alle dem ergiebt sich auf das Unzweideutigste, daß beide Häuser des Landtages mit dem Vertreter der Staats-Regierung darin übereinstimmend gewesen sind, daß

durch die Satzung des §. 23. des Gesetzes vom 24. April 1854. dieses neue Gesetz nicht blos rücksichtlich der processualischen, sondern auch hinsichtlich der materiellen Vorschriften für alle zur Zeit, wo dasselbe in Kraft trete, noch nicht rechtshängigen Fälle habe für anwendbar erklärt werden sollen.

Es ist deshalb auch schon früher in der Proceßsache der unverehelichten Sch. wider die W.'schen Erben, worin die im Jahre 1845. außerehelich geborene Sch. mittelst einer am 19. Juli 1854. angestellten Klage das gesetzliche Erbrecht am Nachlasse ihres angeblichen natürlichen, im Jahre 1850. verstorbenen, Vaters W. gegen dessen nächsten ehelichen Blutsverwandten geltend gemacht hat, in dem diesseitigen Erkenntnisse vom 30. October 1857. angenommen worden, daß der streitige, auf außereheliche Geburt der Klägerin gestützte, Erbanspruch nach dem §. 23. des Gesetzes vom 24. April 1854. den Bestimmungen der §§. 13. und 19. dieses Gesetzes unterliege.

Von vorstehenden Grundsätzen abzugehen, liegt keine Veranlassung vor, und da die Entscheidung des Appellations-Richters damit im Einklang steht, so ist die dagegen erhobene, auf den Vorwurf der Verletzung der §§. 19. und 23. des gedachten Gesetzes und der §§. 652. 654. Tit. 2. Thl. II. des A. L.-R. gestützte, Nichtigkeits-Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

№ 21.

Mark Brandenburg. Rechtliche Natur des den unehelichen Kindern an des Vaters Erbschaft eventuell gebührenden Sechstheiles.

1. Hat der den unehelichen Kindern eventuell zustehende Anspruch auf ein Sechstheil der väterlichen Erbschaft die Natur eines Erbrechtes oder die Natur eines Forderungsrechtes an den Nachlaß?
2. Umfaßt, bei Bejahung der ersten Alternative, der Ausdruck: „seinem nächsten gesetzlichen Erben" im §. 584. Tit. 20. Thl. I. des A. L.-R. auch uneheliche Kinder?

Kurfürstliche Landesordnung von 1594. Tit. XII. Pars III. A. L.-R. Thl. II. Tit. 2. §§. 652. ff. 581.—583. Anhang §. 97.; Thl. II. Tit. 20. §. 584.

Das Appellations-Gericht zu Frankfurt a./O. hatte in Sachen der unverehelichten Christiane N. zu F. wider den Kossäthen B. zu B. die vorstehende Frage zu 1. im Sinne der ersten Alternative und die Frage zu 2. bejahend entschieden und demgemäß die entgegengesetzte Entscheidung des Kreisgerichtes zu Cottbus, vom 28. Januar 1870., durch Erkenntniß vom 12. Juli 1870. abgeändert. Die gegen dieses Erkenntniß von der Klägerin eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem dritten Senate des Ober-Tribunals unterm 23. Januar 1871. zurückgewiesen und zwar aus folgenden

Gründen.

Der Bruder der Klägerin, Chr. N., hat sein Erbtheil an dem Nachlasse des gemeinschaftlichen Vaters dem Verklagten, seinem unehelichen Sohne, verkauft. Die Klägerin macht auf Grund der Vorschrift des Thl. I. Tit. 17. §. 61. des A. L.=R. das Vorkaufsrecht geltend. Der Appellations=Richter hat den Anspruch mit Rücksicht auf die Vorschrift l. c. Tit. 20. §. 584. verworfen, wonach das Vorkaufsrecht nicht statt findet, wenn der Besitzer die Sache seinem nächsten gesetzlichen Erben noch unter Lebendigen käuflich überläßt. Die hiergegen gerichteten Beschwerden der Implorantin sind unbegründet.

1. Die Implorantin vertritt die Meinung, daß uneheliche Kinder als nächste gesetzliche Erben ihres Vaters im Sinne jener Vorschrift niemals gelten könnten. Der erste Richter hatte angenommen, daß der gesetzliche Anspruch eines unehelichen Kindes an den Nachlaß seines Erzeugers kein Erbrecht, vielmehr ein Forderungsrecht an den Nachlaß sei. Diese Ansicht hat der Appellations=Richter mit Recht verworfen. Jener Anspruch ist in der Mark, in welcher die drei ersten Titel des II. Theiles des Allgemeinen Landrechtes bedingungsweise suspendirt sind, nach dem Provinzial-Rechte, insbesondere nach der Landes=Ordnung Johann Georg's von 1594. zu beurtheilen, wo es in Tit. XII. Pars III. heißt:

Welche uneheliche Kinder aber von einem gewissen Vater in concubinatu geboren werden, dieselbe nehmen ihrer Mutter Erbe, wenn schon eheliche Kinder vorhanden waren, von dem Vater aber den sechsten Pfennigk der Erbschaft. Wann aber eheliche Kinder und Eltern oder des Vaters ehelich Weib, welche der unehelichen Stiefmutter, vorhanden, so haben sie an des Vaters Erbschaft

nichts zu gewarten. — (Mylius C. C. M. Th. VI. Abth. III. S. 106.) —

Dieser „sechste Pfennigk der Erbschaft“ hat dieselbe Natur, wie der Anspruch, welchen das Römische Recht (Nov. 18. cap. 5. und Nov. 89. cap. 12. §. 4.) gewissen unehelichen Kindern an dem Nachlasse des Erzeugers eingeräumt hatte; und daß dieser Anspruch als ein Intestat-Erbrecht gemeint war, ergiebt der Wortlaut der Novellen, da in beiden der Ausdruck gebraucht ist: „tunc enim damus illis, ut ab intestato in (ad) duas uncias vocentur.“ Vergl. Puchta's Pand. §. 455. Auch in der Mark ist der sechste Pfennig der Unehelichen stets als Erbrecht aufgefaßt, z. B. in der alten Sippschaftsrolle (von Kunow, Provinzial-Recht Bd. 2. S. 108.): „Wenn derselben natürlichen und ledigen Kinder Vater ohne ehelich Weib und eheliche Kinder verstirbt, erben die ledige Kinder den sechsten Theil aus allen Gütern ihres verstorbenen Vaters.“ Nicht minder hat sich das Allgemeine Landrecht dieser Auffassung angeschlossen; denn es nennt den im Thl. II. Tit. 2. §. 652. den unehelichen Kindern zugewiesenen sechsten Theil des Nachlasses in §. 653. a. a. O. ausdrücklich „Erbtheil“ und im §. 654. „Erbrecht“, wie denn auch die im §. 652. in Bezug genommenen §§. 581. bis 583. desselben Titels von „Erbportion“ und „Erbfolge“ reden. Das Erbrecht der unehelichen Kinder in den Nachlaß des Erzeugers unterscheidet sich in keinem, das Wesen der Sache betreffenden, Umstande von den übrigen Intestat-Erbrechten; es ist, wie diese, Universal-Succession in den Nachlaß. Daß die Quote der Succession für sie durch das Gesetz ein für allemal bestimmt ist, hat keinen anderen rechtlichen Charakter, als die sonstigen Vorschriften des Intestat-Erbrechtes, nach denen die Erbesquoten sich be-

rechnen. Ebensowenig berühren die besonderen Bedingungen des Eintrittes (daß „eheliche Kinder und Eltern oder des Vaters ehelich Weib nicht vorhanden") die Natur des Anspruches als Intestat-Erbrecht. Nicht anders ist es mit der Bestimmung des Anhanges §. 97. zum A. L.-R., auf welche die Implorantin mit dem ersten Richter besonders Gewicht legt. Dieselbe lautet:

> Doch gebühren dem unehelichen Kinde nicht zu gleicher Zeit gesetzliche oder versprochene Alimente, vielmehr steht ihm nur zu, die gedachten Alimente oder den sechsten Theil des Nachlasses zu wählen.

Danach erlöscht der Anspruch des Kindes auf Fortzahlung der laufenden Alimente, wenn dasselbe die ihm eröffnete Erbschaft antritt, während dieser Anspruch bestehen bleibt, wenn das Kind die Erbschaft ausschlägt. Es ist nicht abzusehen, wie durch diese Vorschrift das Intestat-Erbrecht des Kindes sich in ein Forderungsrecht an den Nachlaß verwandelt haben soll. Ein solcher Rechtsgrundsatz besteht weder nach dem Neumärkischen Provinzial-Rechte, noch nach dem Allgemeinen Landrechte.

Ist also nicht in Abrede zu stellen, daß der sechste Pfennig der unehelichen Kinder ein wahres Erbrecht ist, so liegt kein ausreichender Grund vor, die Vorschrift des Thl. I. Tit. 20. §. 584. des A. L.-R. auf dieses Erbrecht nicht zu beziehen. Mit dem Ausdrucke: „seinem nächsten gesetzlichen Erben" ist die Person gemeint, welche, wenn in dem entscheidenden Zeitpunkte der Verkäufer stürbe, denselben ab intestato beerben würde; daß der Käufer alleiniger Erbe sein würde, ist nicht erforderlich; es genügt, daß er einer der gesetzlichen Erben wäre. (Vergl. das in den Entscheidungen Bd. 19. S. 227. mitgetheilte Erkenntniß des dritten Senates des Ober-Tribunals.) Die Implorantin

meint, der §. 584. cit. beziehe sich nur auf solche Intestat-Erben, deren Erbrecht an sich unbedingt sei, wenn gleich die dereinstige Wirksamkeit desselben noch durch das Dazwischentreten anderer näherer Erben in Frage gestellt werden könne. Dieser Zusatz ergiebt aber schon, daß bei Lebzeiten einer Person von seinem nächsten gesetzlichen Erben überhaupt nicht unbedingt die Rede sein kann, sondern sich die Bedingung von selbst versteht, daß zu dem entscheidenden Zeitpunkte kein näherer Erbe oder sonst eine Person vorhanden ist, welche der Berufung der betreffenden Person zur Erbschaft entgegenstände.

2. Allerdings gebührt der sechste Pfennig nur den unehelichen Kindern „von einem gewissen Vater", und was unter einem solchen zu verstehen, ist auch in der Mark nach dem A. L.-R. Thl. II. Tit. 2. §. 654. zu beurtheilen. (Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 5. December 1851., Entsch. Bd. 22. S. 100.) Hiernach muß das das Erbrecht beanspruchende Kind, wenn nicht ein das Erbrecht vorbehaltendes Erkenntniß vorliegt, „ein freiwilliges Anerkenntniß des vorgeblichen Vaters nachweisen." — Nach der Feststellung des Appellations-Richters hat Chr. N. seine Vaterschaft zu dem Verklagten in der von diesem beigebrachten gerichtlichen Urkunde vom 18. November 1869. anerkannt. Hierdurch ist für alle Zeit, auch für die Vergangenheit, festgestellt, daß die Vaterschaft des Chr. N. zu dem Verklagten gewiß ist. Es ist daher unerheblich, daß das Anerkenntniß erst nach dem Kaufgeschäfte, hinsichtlich dessen die Klägerin das Vorkaufsrecht ausüben will, erklärt ist.

Da nach alle dem der Appellations-Richter gegen die als verletzt bezeichneten Vorschriften des A. L.-R. nicht

verstoßen hat, der angeblich verletzte Rechtsgrundsatz des Neumärkischen Provinzial-Rechtes aber nicht besteht, so war die Nichtigkeits-Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

№ 22.

Wechselunterschrift.

Ist das Nachmalen der Schriftzüge, mit denen ein Dritter den Namen des Ausstellers unter einen Wechsel vorgezeichnet hat, durch diesen Aussteller für eine gültige Wechselunterschrift zu achten?

Der Altsitzer Lucas M. hat, nach der Behauptung der Klage, am 1. August 1869. einen am 1. Januar 1870. fälligen, über 337. Thlr. lautenden, Wechsel an die Ordre des Kaufmannes M. ausgestellt. Der Wechsel ist durch Blancogiro auf den Kürschnermeister G. S. übergegangen. Dieser hat den Betrag desselben mit Zinsen vom Verfalltage, nebst den verausgabten Protestkosten und ⅓ Procent Provision, gegen L. M. eingeklagt. In erster Instanz ist derselbe in contumaciam nach dem Klageantrage verurtheillt. In der Appellations-Instanz stellte er in Abrede, daß er den Wechsel ausgestellt habe und verlangte die Abweisung des Klägers. Nachdem er aber in dem Termine zur Ableistung des Diffessions-Eides erklärt hatte: „er könne nicht schreiben, es könne aber möglich sein, daß der Wechsel auf folgende Art ent-

standen sei, daß der Agent W. die Namensunterschrift des L. M. mit Bleistift auf dem Wechsel vorgezeichnet und er, der Verklagte, hierauf die Unterschrift: „L. M." nachgemalt habe", — hat das Appellations-Gericht zu Bromberg das Erkenntniß erster Instanz bestätigt, indem es annahm, daß eine nach den Art. 4. und 96. der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung gültige Unterschrift vorliege. Der Verklagte hat gegen diese Entscheidung die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt, weil er jene Artikel für verletzt hält, sowie auch den §. 135. Thl. I. Tit. 10. der Allg. Gerichts-Ordnung und eine wesentliche Vorschrift nach dem §. 5. Nr. 2. der Verordnung vom 14. December 1833. Der vierte Senat des Ober-Tribunals hat aber am 30. Juni 1870. diese Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen, aus folgenden

G r ü n d e n:

Der Appellations-Richter stellt fest, daß der unter dem in Rede stehenden Wechsel befindliche Name: „L. M." eine wirkliche Unterschrift, den Art. 4. und 96. der Wechsel-Ordnung entsprechend, enthalte, wenn sie auch in der vom Kläger behaupteten Weise durch Nachmalen der Schriftzüge entstanden sei; daß dieselbe vom Verklagten herrühre, nimmt er an, da Verklagter, nach der von ihm abgegebenen Erklärung, nicht beschwören könne, daß der Wechsel nicht in der angegebenen Art entstanden sei, daher, trotz seines ausdrücklichen Erbietens, den Diffessions-Eid abzuleisten, von der Abnahme desselben habe Abstand genommen und für feststehend erachtet werden müssen, daß die Unterschrift: „Lukas M . . . ." von der Hand des Verklagten geschrieben worden. Der Implorant, welcher die Annahme, daß eine gültige Unterschrift vorliege, für unrichtig hält, stützt diese Behauptung darauf, daß, nach seinem Zugeständnisse in der Audienz-Verhandlung vom 23. März 1870., erwiesen sei,

daß er schreibens- und lesensunkundig, mithin, weil ihm die Kenntniß der Bedeutung der Schriftzeichen fehle, das Nachmalen seines Namens nicht als Schreiben angesehen werden könne. Auf diese Behauptung kann jedoch keine Rücksicht genommen werden, weil im Wechselrechte die Vorschriften des Allg. Landrechtes im §. 172. Thl. I. Tit. 5. über die Form der Verträge solcher Personen, die nur ihren Namen schreiben, sonst aber weder zu lesen, noch zu schreiben vermögen, keine Beachtung finden können. Der aus ihnen entnommene Einwand geht nicht aus dem Wechselrechte hervor, er betrifft nicht die Natur des Wechsels und dessen Erfordernisse, wie sie namentlich die Art. 4. und 96. vorschreiben. Der hier vorliegende Wechsel trägt, wie der Appellations-Richter feststellt, die eigenhändige Unterschrift des Verklagten. Die Behauptung einer nicht ausreichenden Kenntniß des Lesens oder Schreibens bei dem Wechsel-Aussteller berührt die Form des Wechsels und das innere wechselmäßige Verhältniß gar nicht. Dies hat auch in der bisherigen Rechtsprechung des Ober-Tribunals Geltung gefunden, (cfr. Entsch. Bd. 20. S. 355.; — Präj. 2269. Samml. Th. 2. S. 168.) und geht namentlich daraus hervor, daß nach dem Art. 94. der Wechsel-Ordnung selbst Wechsel-Erklärungen, welche statt des Namens mit Kreuzen oder anderen Zeichen vollzogen sind, Wechselrecht haben, sobald diese Zeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt sind. Darnach ist der Vorwurf der Verletzung der Art. 4. und 96. der Wechsel-Ordnung nicht gerechtfertigt.

In den Gründen, die der Appellations-Richter dafür, daß diese Unterschrift von L. M. herrühre, angeführt, findet Implorant ferner eine Verletzung des §. 135. Thl. I. Tit. 10. der A. G.-O. und einer wesentlichen Proceß-Vorschrift im Sinne des §. 5. Nr. 2. der Verordnung vom

14. December 1833, weil ein falsches Präjudiz zur Anwendung gebracht sei. Daß der Appellations-Richter aber in den mitgetheilten Gründen ein Präjudiz, namentlich das im §. 135. l. c. erwähnte, habe zur Anwendung bringen wollen und gebracht habe, das ist in diesen Ausführungen keinesweges klar ausgesprochen. Nach der Sachlage war für die Anwendung eines solchen Präjudizes auch kein Feld; Verklagter hat nicht die Ableistung des Diffessions-Eides geweigert; er ist auch in dem dazu angesetzten Termine nicht ausgeblieben, so daß in contumaciam gegen ihn hätte angenommen werden dürfen, er könne oder wolle den Diffessions-Eid nicht leisten; Verklagter ist vielmehr im Termine erschienen und hat sich zur Ableistung des Eides bereit erklärt. Nach den vorwaltenden Umständen kann daher nicht angenommen werden, daß der Appellations-Richter das Präjudiz des §. 135. l. c. zu realisiren beabsichtigt habe; es gewinnt vielmehr den Anschein, als wenn er, weil, nach seiner Ansicht, Verklagter nicht schwören könne, daß die Unterschrift in vorgetragener Weise (durch Nachmalen) nicht entstanden sei, darin ein Zugeständniß gefunden und daß er darnach die Ueberzeugung, daß Verklagter den Wechsel unterschrieben, gewonnen habe. Einer Erörterung, ob diese Annahme richtig, bedarf es jedoch nicht, weil der erhobene Angriff nur auf die Anwendung eines unrichtigen Präjudizes gegründet ist. Dieser Angriff ist aber, nach dem Vorbemerkten, verfehlt. Solchem nach erscheint die Nichtigkeits-Beschwerde überall als unbegründet.

№ 23.

Zeit der Angabe der Gründe zu einer Dienstentlassung.

Kann die Herrschaft, welche einen Dienstboten vor Ablauf der Dienstzeit entlassen hat und von demselben auf Entschädigung gerichtlich in Anspruch genommen wird, in dem diesfälligen Processe gesetzmäßige Entlassungsgründe geltend machen, welche sie, dem Dienstboten gegenüber, früher nicht angeführt hatte?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 5. §§. 408.—410., Tit. 11. §§. 869. 894.

Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810. §§. 117. 118. 160.—162. (G.-S. S. 101. ff.)

Der Kläger L. ist als Meier auf dem Gute des Verklagten J. am 2. April 1850. angezogen, und von ihm, nach erfolgter dreimonatlicher Kündigung, am 2. October 1867. des Dienstes entlassen worden. Er hält weder die Kündigung, noch die Entlassung für gerechtfertigt, und ist, nachdem J. vor der Polizei-Behörde seine Wiederaufnahme verweigert, gegen denselben auf Zahlung von Lohn und Gewährung von Dienst-Emolumenten auch noch für die Zeit vom 2. October 1867. bis 2. April 1868. klagbar geworden. J. wendete unter Anderem ein, daß L. ihm durch Unterschlagungen, Dienst-Vernachlässigungen und Ungehorsam Grund zur Entlassung gegeben habe, was demselben bei der Entlassung auch angegeben sei. Kläger hat solches bestritten, und ist der Meinung, daß Verklagter

jene weder bei der Entlassung, noch vor der Polizei-Behörde vorgebrachten Gründe jetzt nicht mehr geltend machen dürfe.

In diesem Processe ist die umstehende Frage von den Richtern erster und zweiter Instanz, der Kreisgerichts-Deputation zu Seelow und dem Appellations-Gerichte zu Frankfurt a./O. in den Erkenntnissen vom 16. Juli 1869. und vom 4. Juli 1870. bejahend entschieden, und hat der erste Senat des Ober-Tribunals am 3. April 1871. die gegen das Appellations-Erkenntniß vom Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter hat angenommen, daß der Verklagte, der Anfang Juli 1867. erfolgten Kündigung ungeachtet, den Kläger am 2. October 1867. zu entlassen nicht berechtigt gewesen sein und deshalb demselben Lohn und Deputat rc., im Geldwerthe von zusammen 91. Thlrn. 20. Sgr., noch für die Zeit von da ab bis zum 1. April 1868. zu entrichten, nach den §§. 160. 161. der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810. verpflichtet sein würde, wenn er ihn aus anderen, als gesetzmäßigen, Ursachen vor Ablauf der, (bis zum 1. April 1868. dauernden), Dienstzeit entlassen und sich beharrlich geweigert hätte, den Dienstvertrag fortzusetzen. Der Appellations-Richter hat sodann nach dem Resultate der Beweisaufnahme, festgestellt, daß ein solcher gesetzmäßiger Entlassungsgrund zufolge §. 118. a. a. O. vorgelegen, daß nämlich Kläger des beharrlichen Ungehorsams und der Widerspenstigkeit gegen die Befehle seines Dienstherrn (des Verklagten) sich schuldig gemacht habe. Diese thatsächliche Feststellung ist in der Nichtigkeitsbeschwerde nicht angegriffen, und es kann daher von der

gerügten Verletzung jener, vom Appellations-Richter citirten Paragraphen der Gesinde-Ordnung sowenig, wie von der der §§. 117. und 162. die Rede sein, sofern dem Appellations-Richter der Vorwurf eines rechtsgrundsätzlichen Verstoßes bei Anwendung dieser Paragraphen nicht mit Erfolg gemacht worden ist. Implorant hat ihn zwar versucht, jedoch erfolglos. Der Appellations-Richter ist nämlich der Ansicht, daß es nicht darauf ankomme, ob der Verklagte dem Kläger die im jetzigen Processe angegebenen Entlassungsgründe, namentlich die auf den §. 118. a. a. O. gestützte, für erwiesen angenommene, Ursache bereits früher mitgetheilt gehabt habe, oder nicht, und daß der Verklagte den gedachten Entlassungsgrund auch jetzt noch geltend machen könne, selbst wenn er dies bei dem Abzuge des Klägers im October 1867. nicht gethan habe, weil, wie, unter Bezugnahme auf den §. 408. Tit. 5. Th. I. des A. L.-R. gesagt wird, nirgends vorgeschrieben sei, daß der Grund des Rücktritts von einem Vertrage bei dem Rücktritte selbst angezeigt werden müsse, widrigenfalls von demselben kein Gebrauch gemacht werden dürfe.

Ohne Grund glaubt die Nichtigkeitsbeschwerde dem Appellations-Richter deshalb, weil die Entschädigungspflicht der Herrschaft, wenn sie das Gesinde aus anderen, als gesetzmäßigen, Gründen vor Ablauf der Dienstzeit entlasse, nach den §§. 160.—162. der Gesinde-Ordnung eintrete, und weil es deshalb nur darauf, ob der Grund, aus welchem die Herrschaft entlassen habe, ein gesetzmäßiger sei, nicht aber darauf ankomme, ob sie einen solchen Grund gehabt habe, sofern von ihr nicht aus diesem Grunde die Entlassung vorgenommen worden sei, die Verletzung der §§. 408.—410. Tit. 5. Thl. I. des A. L.-R. vorwerfen zu können. Denn unzweifelhaft gehört der Gesinde-Vertrag zu

der Classe der Verträge über Handlungen (§. 869. ff. 894. Tit. 11. Thl. I. des A. L.=R.) und es finden darauf also auch die als verletzt bezeichneten Paragraphen des fünften Titels Anwendung, welche lauten:

§. 408. Bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, kann derjenige, welcher behauptet, daß der Andere die Erfüllung bisher nicht contractmäßig geleistet habe, oder solchergestalt nicht leisten könne, zwar sofort auf seine Gefahr von dem Vertrage wieder abgehen;

§. 409. Er muß aber, wenn sich hiernächst bei der gerichtlichen Untersuchung findet, daß sein Vorgeben ungegründet gewesen sei, den Gegentheil vollständig entschädigen.

§. 410. Wird hingegen das Vorgeben begründet befunden, so muß der Andere, außer der erfolgenden Aufhebung des Vertrages, dem Abgehenden für allen aus seinem contractswidrigen Verhalten, bis zum Zeitpunkte des erklärten Rücktrittes wirklich, entstandenen Schaden gerecht werden.

Wie bereits in dem, auch vom Appellations=Richter in Bezug genommenen, in Striethorst's Archiv Bd. 60. S. 154. ff. abgedruckten Erkenntnisse des dritten Senates des Ober=Tribunals, ausgeführt ist, läßt sich sowenig aus den Worten dieser Vorschriften, als aus deren Sinne und Zusammenhange entnehmen, daß der Grund des Rücktrittes von einem solchen Vertrage bei dem Rücktritte selbst angezeigt werden müsse, widrigenfalls von diesem Grunde bei Erörterung der Frage:

ob der Rücktritt gerechtfertigt sei, oder die Verpflichtung zur Entschädigung des anderen Theils nach sich ziehe?

kein Gebrauch mehr gemacht werden dürfe. Hieran muß

festgehalten werden. Aus den Worten „behauptet" im §. 408. und „Vorgeben" in den §§. 409. 410. folgt allerdings, daß der Rücktritt vom Vertrage ausdrücklich erklärt werden muß. Eine solche ausdrückliche Erklärung liegt aber in einer, innerhalb der Dienstzeit zum Zwecke der vor deren Ablauf erfolgenden Auflösung des Dienstverhältnisses ausgesprochenen, Kündigung nicht minder, als in einer innerhalb der Dienstzeit geschehenen Entlassung, sofern in dem einen, wie in dem anderen Falle auch nur im Allgemeinen Unzufriedenheit mit den bisherigen Leistungen als Grund des Rücktrittes zu erkennen gegeben wird. Jeder Theil kann von einem solchen Vertrage „auf seine Gefahr" wieder abgehen, und zwar „sofort," das heißt, es bedarf keiner vorherigen gerichtlichen Erörterung und Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Rücktrittes und darüber, ob der Vertrag bis dahin wirklich nicht contractsmäßig erfüllt worden. Der Rücktritt geschieht aber „auf seine Gefahr", das heißt, er muß den andern Theil entschädigen, wenn derselbe mit der Aufhebung des Vertrages nicht einverstanden ist und bei der beantragten gerichtlichen Untersuchung sich nicht herausstellt, daß dieser contractswidrig gehandelt habe. Vor dem Richter, also in dem von dem Dienstboten wegen vermeintlich unzeitiger Entlassung angestellten Entschädigungs-Proceßverfahren, hat sonach die Herrschaft den Rücktritt vom Vertrage zu rechtfertigen, oder ihre Verurtheilung zur Entschädigung des von ihr vor Ablauf der Dienstzeit entlassenen Dienstboten zu gewärtigen.

Auch die §§. 160.—162. der Gesinde-Ordnung, wonach eine Herrschaft dem Gesinde Lohn und Beköstigung für die noch rückständige Dienstzeit entrichten, resp. gewähren muß, wenn sie dasselbe „aus anderen, als gesetzmäßigen Ursachen" vor Ablauf der Dienstzeit entlassen und dessen

Wiederannahme, polizeilicher Aufforderung ungeachtet, verweigert hat, legen der Herrschaft keineswegs, bei Verlust des Rechtsschutzes gegen den Entschädigungs-Anspruch des Gesindes, die Verpflichtung auf, außergerichtlich dem Gesinde gegenüber oder vor der Polizei-Behörde, deren Urtheil rücksichtlich der Entschädigungsfrage in keinem Falle präjudicirlich ist, mit allen Gründen, aus welchen sie von dem Rechte, auf ihre Gefahr sofort und ohne Weiteres von dem Dienstvertrage abzugehen, Gebrauch zu machen, sich veranlaßt gesehen hat, hervorzutreten, und dem Gesinde, mit dessen Leistungen sie unzufrieden ist, ein General-Register sämmtlicher bis dahin vorgekommener Dienstvernachlässigungen und sonstiger Fehltritte vorzulegen und dabei mit der scrupulösesten Genauigkeit zu Werke zu gehen, weil eine spätere Vervollständigung unstatthaft sein würde. Die Herrschaft kann, sei es, um unerquickliche Contestationen zu vermeiden, oder selbst aus Schonung für das Gesinde, es für gut und angemessen halten, außergerichtlich sich zu begnügen, als Grund der Entlassung ganz allgemein Unzufriedenheit mit dem Verhalten und den Leistungen des Gesindes anzuführen und sich auf nähere Angaben gar nicht einzulassen, oder doch nur auf den einen oder anderen Grund zu beschränken und abzuwarten, ob das Gesinde sich bei der Aufhebung des Dienstcontractes beruhigen, oder aber durch Einklagung von Entschädigungsforderungen sie nöthigen werde, zum Schutze dagegen dem Richter alle Gründe vorzutragen und, soweit dieser für erforderlich hält, nachzuweisen. Die Frage: ob die Entlassung aus gesetzmäßigen Gründen erfolgt sei, oder, weil dies nicht der Fall, die Entschädigungsverpflichtung zur Folge habe? kann endgültig nur vom Richter entschieden werden. In dem außergerichtlichen Verschweigen gesetzmäßiger Entlassungs-

gründe liegt keinenfalls eine Verzichtleistung auf das Recht, davon an competenter Stelle, vor dem Richter, Gebrauch zu machen. Auch kann der eingetretene Verlust der Beweismittel für einen schon außergerichtlich angeführten Entlassungsgrund — (Tod von Zeugen, Verbrennen von Briefschaften u. d. m.) — die Herrschaft nicht der Befugniß verlustig machen, sich gegen die Entschädigungsforderung des Gesindes durch den Beweis des Vorhandengewesenseins noch anderer gesetzmäßiger Entlassungsgründe zu schützen. Es kommt also für die richterliche Beurtheilung, ob die Herrschaft das Gesinde aus gesetzmäßiger Ursache entlassen habe, nur darauf an, ob ihr zur Zeit, als sie das Gesinde entlassen hat, dergleichen zur Seite gestanden, nicht aber darauf an, ob von ihr bei der Kündigung, oder bei der Entlassung, oder vor der Polizei-Behörde im Einzelnen gar keine bestimmten, oder nur einige oder alle Gründe, aus welchen sie vom Dienstvertrage innerhalb der contractlichen Zeit abzugehen sich für befugt angesehen hat, angeführt worden sind. Dem Appellations-Richter fällt daher auch keine Verletzung der bezeichneten Gesetzesvorschriften zur Last.

№ 24.

Ausführung der Auseinandersetzung.

Wenn, in Gemäßheit des §. 203. der Verordnung vom 20. Juni 1817. die Realisirung der Auseinandersetzung vor der Bestätigung des Recesses erfolgt, so hat der Receß, insofern er demnächst von der General-Commission

bestätigt wird, rückwirkende Kraft dergestalt, daß das Eigenthum der Abfindungen als mit der Ausführung der Auseinandersetzung auf deren Erwerber übergegangen anzunehmen ist. Das Präjudiz Nr. 1961. vom 16. November 1847. (Präjudiz-Sammlung I. S. 347.) wird, soweit es dem entgegensteht, aufgehoben. Präj. Nr. 2762.

Verordnung wegen Organisation der General-Commissionen und der Revisions-Collegien ꝛc., vom 20. Juni 1817. §§. 169. 170. 202. 203. (G.-S. S. 161. u. ff.)

Edict die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse betr., vom 14. September 1811. §. 31. (G.-S. S. 291.)

Gesetz wegen Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse im Großherzogthume Posen ꝛc., vom 8. April 1823. §§. 15.—17. 75. 76. 112. (G.-S. S. 49. u. ff.)

Gesetz, betr. die Ablösung der Reallasten ꝛc., vom 2. März 1850. §. 87. (G.-S. S. 104.)

Der Rentner S., der Kaufmann St. und die verehelichte Sch. besitzen je eine Bürgerstelle zu Schw. und gehört zu je einer solchen, laut des am 12. Februar 1860 abgeschlossenen Separations-Recesses, eine zwischen dem Dewin-See und der Oder belegene Wiese. Die Ausführung der Separation hat bereits im Jahre 1838. statt gefunden, sich seitdem aber eine Anschwemmung gebildet, welche mit den Dewin-Wiesen im Zusammenhange steht. Dieses Land ist von der Stadtgemeinde Schw. in Besitz genommen und seit dem Jahre 1866. für ihre Rechnung verpachtet worden. Die genannten Besitzer der Bürgerstellen beanspruchen aber das Eigenthum daran als Ufer-Besitzer und haben gegen die Stadtgemeinde auf Herausgabe geklagt.

In erster Instanz ist von der Kreisgerichts-Deputation

zu Schwedt unter dem 18. März 1869. die Zurückweisung der Klage, in zweiter Instanz durch Erkenntniß des Kammergerichtes vom 24. Januar 1870. die Verurtheilung der Verklagten nach dem Antrage erfolgt, die Nichtigkeitsbeschwerde der Letzteren aber ist durch das Urtel des zweiten Senates des Ober-Tribunals vom 15. December 1870. verworfen worden, aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter setzt fest, daß der Separations-Receß vom 12. Februar 1866. bereits im Jahre 1838. zur Ausführung gekommen ist und nimmt an, daß mit dieser Ausführung das Eigenthum der vertheilten Grundstücke auf deren Erwerber übergegangen sei, nicht erst durch den Receß. Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt deshalb die Verletzung der §§. 169. und 170. der Verordnung vom 20. Juni 1817.; jedoch mit Unrecht. Nach diesen Gesetzen findet das Auseinandersetzungs-Verfahren durch den von den Interessenten vollzogenen und von der General-Commission bestätigten Receß formell allerdings erst seinen Abschluß, und derselbe bildet den urkundlichen Titel für die darin enthaltenen Eigenthums-Uebertragungen. Zu solchen gehört aber auch die Uebergabe, welche durch die Ausführung der Auseinandersetzung bewirkt wird, und diese hat in der Regel erst nach Bestätigung des Recesses zu geschehen. — §. 202. a. a. O. — Wenn sie jedoch nach dem §. 203. daselbst, mit Genehmigung aller Interessenten und unter Zustimmung der General-Commission, schon früher statt finden kann, so wird die Bestimmung darüber ein Theilstück des Recesses selbst und die Bestätigung desselben umfaßt auch den Zeitpunct der Ausführung, hat hiernach aber rückwirkende Kraft, so daß die Eigenthums-Erwerbung als mit derselben erfolgt angenommen werden muß. Es ist eine früher getroffene

rechtsgültige Feststellung eben nur in die Receßform gebracht und die General-Commission bestätigt nur, was sie früher bereits genehmigt hatte, und was ohne ihre Genehmigung rechtsgültig nicht geschehen konnte. Damit im Einklange stehen die Vorschriften im §. 31. des Regulirungs-Edictes vom 14. September 1811., der §§. 75. ff. des Gesetzes für das Großherzogthum Posen vom 8. April 1823. und des §. 87. des Ablösungs-Gesetzes vom 2. März 1850., wonach das Eigenthum der Höfe auf die bäuerlichen Wirthe mit dem Ausführungs-Termine übergeht, ohne daß dabei unterschieden wird, ob dieser vor oder nach der Bestätigung des Recesses eintritt. Der (ehemalige) dritte Senat hat zwar unterm 15. November 1847. zu den §§. 15.—17. 75.—76. 112. des Gesetzes vom 8. April 1823. das Präjudiz Nr. 1961. (Präj.-S. Th. I. S. 347) eintragen lassen:

„Wenn sich bei der Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse nach obigem Gesetze auch die Interessenten wegen eines früheren Termines zur Ausführung der Auseinandersetzung vereinigen: so tritt doch das Eigenthum der bäuerlichen Wirthe erst in volle Wirksamkeit, wenn die betreffenden Verträge und Recesse vorschriftsmäßig vollzogen und von der General-Commission bestätigt worden sind;"

und es bestimmt allerdings der §. 112. a. a. O.:

„Alle auf den Grund dieses Gesetzes abzuschließenden Verträge und Recesse müssen von der General-Commission bestätiget, und, wenn sie dazu reif sind, gerichtlich oder von einem zum Richter-Amte geeigneten und verpflichteten, von der Behörde damit beauftragten Beamten aufgenommen und anerkannt werden. Alle auf diese Weise noch nicht aufgenommene und bestätigte Verhandlungen sind, nach Verschiedenheit der Fälle, nur als Tractaten

und Punctationen anzusehen und müssen nach dem Befinden der General-Commission berichtiget, vervollständiget und zu seiner Zeit in der eben bestimmten Form zum Schluß gebracht werden."

Allein diese Vorschrift bezieht sich nur auf Verhandlungen und Verträge, welche nicht von einem Commissar der Auseinandersetzungs-Behörde aufgenommen, nicht aber auf solche, welche bereits von dieser Behörde genehmigt worden sind und dadurch Rechtsgültigkeit erlangt haben. Die allgemeine Fassung des Präjudizes rechtfertigt sich hiernach nicht und das bezogene Gesetz paßt auf den hier vorliegenden Fall nicht. Hat hiernach der Appellations-Richter nicht gefehlt, indem er die Kläger schon zur Zeit der begonnenen Anschwemmung als Eigenthümer der Ufer-Grundstücke erachtet, welche ihnen durch die Auseinandersetzung überwiesen worden, so hat er auch die §§. 225. 226. 244. Tit. 5. Th. I. des A.L.-R. nicht verletzt, welche bestimmen:

§. 225. Verbreitungen des Ufers durch das allmähliche Anspülen fremder Erdtheile kommen demjenigen zu Gute, welchem das Ufer gehört (Thl. II. Tit. 15. Abschn. 2.).

§. 226. Auch neu anwachsende Erdzungen und Halbinseln, welche nach und nach entstanden sind, gehören demjenigen, an dessen Ufer sich dieselben angesetzt haben.

§. 244. Wo, nach den Provinzial-Gesetzen, die Inseln in öffentlichen Flüssen kein Vorbehalt des Staates sind, da haben die Besitzer desjenigen Ufers, welchem sie am nächsten liegen, das Recht, sich dieselben zuzueignen.

Der Appellations-Richter soll aber ferner mit Unrecht den Einwand der Verklagten verworfen haben, daß alle diejenigen Grundstücke, welche zur Zeit des Receß-Abschlusses

vorhanden gewesen, aber nicht mit zur Theilung gekommen, im gemeinschaftlichen Eigenthume aller durch die Feldbau-Deputation vertretenen Interessenten verblieben seien, in deren Namen die Besitz-Ergreifung durch jene statt gefunden und zwar lediglich um deshalb, weil in Betreff der Landungen kein Vorbehalt gemacht worden.

Der Appellations-Richter soll dadurch die §§. 1. 30. 56. 95. 96. der Gemeinheits-Theilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821. durch Nichtberücksichtigung, den §. 170. der Verordnung vom 20. Juni 1817. durch unrichtige Anwendung, sowie einen Rechtsgrundsatz verletzt haben, welchen die Nichtigkeitsbeschwerde dahin formulirt: „Die Vergrößerung, welche ein zur Separation gezogenes Grundstück während der Dauer der Separation, in Folge eingetretener Natur-Ereignisse, erhält, wird von den Bestimmungen des Separations-Recesses nur insoweit betroffen, als dieser ausdrücklich darüber verfügt, oder dieselbe ein Grundstück betrifft, in dessen Besitz-Verhältnissen in Folge der Separation keine Veränderung eintritt. Ist weder das Eine, noch das Andere der Fall, so bildet die Vergrößerung ein gemeinschaftliches Eigenthum der Separations-Interessenten."

Auch dieser Angriff ist verfehlt. Denn war das Eigenthum der Pläne, wie gezeigt worden, unter Voraussetzung der später erfolgten Bestätigung im Recesse, bereits mit der Ausführung auf die Erwerber übergegangen, so hört damit die Gemeinschaft der Interessenten auf, und die Folgen des Sonder-Eigenthumes treten ein. Natur-Ereignisse, welche später zum Vorschein kommen, treffen den Erwerber, gleichwie nach der Vollziehung und Bestätigung des Recesses, so daß auch eine Vergrößerung der überwiesenen Grundstücke durch Alluvion nur demjenigen zu Gute kommen kann, bei welchem sie nach der Ausführung eingetreten ist. Die da-

durch gewonnene Landung konnte nicht Gegenstand der Vertheilung sein, da sie zur Zeit der reellen Theilung noch nicht existirte, und sie ist niemals in das Eigenthum der Verklagten gekommen, noch hat sie einen Theil der Gesammt-Theilungs-Masse gebildet, sie konnte deshalb auch nicht vertheilt werden. Die als verletzt bezeichneten Gesetze bestimmen nur, daß und wie die Separations-Interessenten für ihre Theilnehmungsrechte abzufinden und passen daher hier nicht. Unzutreffend aber ist die Bestimmung des §. 170. der Verordnung vom 20. Juni 1817., daß alle Grundstücke, welche nicht Anderen überwiesen sind, dem bisherigen Besitzer verbleiben.

№ 25.

Verjährung von fünf Jahren gegen die einzelnen Gesellschafter, nach Auflösung einer Handels-Gesellschaft.

Finden die Bestimmungen des Art. 146. des Handelsgesetz-Buches, wonach Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft in fünf Jahren nach Auflösung der Gesellschaft verjähren, auch auf „Societäts-Handlungen" Anwendung, welche noch vor dem Eintritte der Gesetzeskraft des Handelsgesetz-Buches ihre Auflösung gefunden haben?

A. L.-R. Thl. II. Tit. 8. §§. 677. 618. 682. 683., Thl. I. Tit. 17. §§. 307.—310.

Allgemeines Deutsches Handelsgesetz-Buch, Art. 133. 137. 141. 147. 148.

Bei Regulirung des Nachlasses der verehelichten L. ist unter ihren drei Kindern und alleinigen Erben Streit darüber entstanden, ob für eine bestimmte Nachlaßforderung an den hinterbliebenen Ehemann der Erblasserin, welcher der Erbschaft entsagt hat, der eine von diesen drei Erben, der Emanuel L., als Mitschuldner, neben seinem Vater verhaftet und deshalb verpflichtet sei, den gedachten Betrag, nach Abzug seines Drittel-Antheils, zur Nachlaßmasse zu entrichten. Den dies Schuldverhältniß voraussetzenden Erbreceß hat der angebliche Schuldner zu vollziehen sich geweigert und ist deshalb der eine Miterbe Adolph L. gegen ihn auf Vollziehung des Erbrecesses und Zahlung des ihm zustehenden Drittels klagbar geworden.

Der Verklagte bestreitet sowohl die noch jetzt fortdauernde Existenz der fraglichen Forderung selbst, als auch jedenfalls das Bestehen seiner eigenen Verhaftung für dieselbe, hat aber auch event. den Einwand der fünfjährigen Verjährung erhoben, um welche Einrede es sich zur Zeit allein handelt, da der erste Richter auf Grund dieser Verjährung die Klage abgewiesen, das Appellations-Gericht zu Breslau aber im Erkenntnisse vom 1. Juni 1870., auf die Appellation des Klägers, diesen Einwand verworfen und die Sache zur materiellen Entscheidung in die erste Instanz verwiesen hat, weshalb nunmehr vom Verklagten die Revision eingelegt und Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses beantragt worden ist.

Den Einwand der Verjährung, durch Nichtgebrauch in fünf Jahren, entnimmt der Verklagte aus dem Art. 146. des Handelsgesetz-Buches, wonach Klagen gegen einen Socius, aus Ansprüchen gegen die Handelsgesellschaft verjähren, in fünf Jahren nach Auflösung der Gesellschaft 2c., und welche Verjährung beginnen soll, mit dem Tage,

an welchem diese Auflösung in das Handels-Register eingetragen ist. Verklagter stützt sich dabei auf das principaliter von ihm nicht anerkannte, dagegen vom Kläger, zur Begründung des Klageanspruches, gegen ihn geltend gemachte Sachverhältniß, indem Verklagter vorweg behauptet, daß das eingeklagte Capital eine Illatenforderung seiner Mutter sei, für welches nur der Ehemann aufzukommen habe, wogegen Kläger behauptet, diese Gelder seien eine Darlehnsforderung der Erblasserin an die Handlung David L. und Sohn. Unter dieser Firma hat nämlich der erwähnte Ehemann seit 1844. in B ein Handelsgeschäft betrieben, in welches im Jahre 1848. der Sohn Emanuel, der jetzige Verklagte, als Socius eintrat. Inzwischen wurden diese Gelder von der jetzigen Erblasserin geerbt und gelangten so in die Hände ihres erwähnten Ehemannes, des Vaters und des Handels-Socius des jetzigen Verklagten. Ueber ihre Handlung wurde jedoch durch gerichtliche Verfügung vom 4. December 1858. der förmliche Concurs eröffnet, in welcher Konkurs-Eröffnung Verklagter die in Rede stehende „Auflösung" der zwischen ihm und dem Vater existirenden Handelsgesellschaft, im Sinne des allegirten Art. 146. l. c., findet und von diesem Tage, event. aber jedoch vom Tage der Gesetzeskraft des Handelsgesetz-Buches ab, die fraglichen fünf Jahre der Verjährung gerechnet wissen will, da die Kenntniß der Erblasserin von dieser Auflösung der Societät die, damals, im Jahre 1858., noch nicht erforderliche und nicht erfolgte Eintragung in die zu jener Zeit noch nicht bestehenden Handels-Register, vollständig ersetzen könne.

Der Appellations-Richter erachtet den Art. 146. l. c. auf ältere, vor dem Handelsgesetz-Buche aufgelöste Societätshandlungen nicht für anwendbar und hat deshalb den Einwand der Verjährung verworfen und diese Entscheidung

ist vom ersten Senate des Ober=Tribunals in dem Erkenntnisse vom 20. Januar 1871. bestätigt worden, und zwar aus folgenden

Gründen.

Es waltet unter den Parteien darüber kein Streit ob, daß die zwischen dem Verklagten und seinem Vater bestehende Handels=Societät noch unter der Herrschaft des Tit. 8. Thl. II. des A. L.=R., im Jahre 1858. ihre Auflösung und Endschaft gefunden hat. Der §. 677. Tit. 8. l. c. ordnet nun, wenn eine Societätshandlung ganz aufgehoben wird, eine „öffentliche Bekanntmachung darüber", nach Vorschrift des §. 618. ff., an, und der §. 682. l. c. verweiset hinsichtlich der Folgen dieser öffentlichen Bekanntmachung, den Gläubigern der Societät gegenüber, auf die §§. 307. ff. Tit. 17. Thl. I. l. c.; wogegen der §. 683. l. c. die Zulassung eines öffentlichen Aufgebotes der unbekannten Societätsgläubiger ausspricht, wofür die Normen im §. 162. Tit. 51. Th. I. der Allg. Ger.=Ord. näher aufgestellt sind. Die §§. 307. ff. Tit. 17. Thl. I. des A. L.=R. aber verordnen, daß wenn dem Gläubiger die Aufhebung der Gesellschaft bekannt gemacht ist, er sich, falls er aus einem mit der Gesellschaft geschlossenen Vertrage an Einen der gewesenen Mitglieder sich für das Ganze halten will, gegen denselben innerhalb eines Jahres, nach geschehener Bekanntmachung, mit seinem Anspruche zu wenden habe, und §. 310. bestimmt:

> Läßt der Gläubiger diese Frist verstreichen: so haftet ihm jedes Mitglied, auch aus einem solchen Vertrage, nur nach Verhältniß seines an der Societät gehabten Antheils.

Der also modificirte Anspruch ist aber der gewöhnlichen Klageverjährung von dreißig Jahren unterworfen.

Dieses ganze System hat das Deutsche Handels=

gesetz-Buch aufgegeben, indem es namentlich in dem Art. 133. für die Auflösung von Handelsgesellschaften, außer dem Falle des Concurses, ausdrücklich die Liquidation des Geschäftes, unter genauer Bestimmung der diese Liquidation bewirkenden Liquidatoren, anordnet, und im Art. 137. und folgd. bestimmt, daß und wie die Liquidatoren die Geschäfte abzuwickeln, die Verpflichtungen der Gesellschaft zu erfüllen, resp. nach dem Art. 141. für die erst später fällig werdenden Gesellschaftsschulden genügende „Deckung" aufzusammeln, auch die vollständige Auseinandersetzung der Gesellschaft zu bewirken und über dabei entstehende Streitigkeiten die richterliche Entscheidung herbeizuführen haben.

Bei dieser Vorsorge des Gesetzes für die Abwickelung des Geschäftes war es damit ganz conform, wenn dasselbe, unter Abweichung vom allgemeinen Rechte, in dem von den Parteien vielfach erörterten Art. 146. l. c., um mit der Liquidation möglichst bald in's Reine zu kommen, die kurze Verjährung von fünf Jahren und zwar, abweichend von der im §. 310. Tit. 17. Thl. I. des A. L.-R. bestehen bleibenden Verhaftung nach Maßgabe des Antheils des Socii, mit der Wirkung der **gänzlichen** Erlöschung der Forderung einführte. Die Schärfe dieses besonderen Verjährungs-Institutes aber wurde theils dadurch gemildert, daß nach dem Art. 148. des Handelsgesetz-Buches durch Rechtshandlungen diese Verjährung unterbrochen wird, wenn diese auch nur gegen die Liquidatoren gerichtet sind, namentlich aber dadurch, daß die Publicität, welche dem ganzen Handels-Verkehre durch die Einführung des Handels-Registers und der Verpflichtung zu Eintragungen in dasselbe verschafft wurde, auch ausdrücklich auf die in Rede stehende Verjährung von fünf Jahren zur Anwendung gebracht und m Absatze 2. des Art. 146. ausdrücklich angeordn et ist,

daß die gedachte Verjährung **mit dem Tage** beginne, an welchem die Auflösung der Gesellschaft in das Handels-Register eingetragen wurde; welches Princip im Art. 147. nur allein insoweit modificirt ist, daß diese fünfjährige Verjährung so lange dem Gläubiger doch nicht entgegengesetzt werden dürfe, als noch „ungetheiltes" Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, und soweit dasselbe reicht. Aus allen diesen Momenten ergiebt sich aber, daß die betreffende Ausführung und namentlich die Bemerkung des Appellations-Richters, daß die Rechtsverhältnisse der Handels-Gesellschaften in den wesentlichsten Beziehungen eine Umwandelung erlitten hätten und daß die jetzigen Handels-Gesellschaften daher wesentlich verschieden von den Handels-Societäten des Allgemeinen Land-Rechtes seien, — mindestens in Bezug auf die vorliegende Frage, welche hier allein zu entscheiden ist, richtig und zutreffend ist und daß deshalb in Betreff der concreten Frage die „Auflösung einer Handels-Gesellschaft" im Sinne der Art. 133. und flgde. des Handels-Gesetz-Buches und die damit verbundene Liquidation, jedenfalls nicht zu identificiren ist mit der „Aufhebung einer Societäts-Handlung" im Sinne der §§. 677. u. ff. Tit. 8. Thl. II. des A. L.-R. Sind sie nicht zu identificiren und ist oben gezeigt, wie principiell wichtig die Publicität des Handels-Registers für die Liquidation ist, so folgt auch daraus, daß die Behauptung des Revidenten, daß die Einsetzung der fünfjährigen Verjährung im Art. 146. das allein Wesentliche sei und daß die Festsetzung der Eintragung in das Handels-Register nur eine bloße Form sei, deren Grund, nämlich die Kenntniß des Gläubigers, auch auf andere Weise ersetzt werden dürfe, — in keiner Weise begründet ist. Im Gegentheile ergiebt sich dabei, daß grade die Eintragung in das genannte Register so specifisch ein

rechtlicher Bestandtheil dieser besonderen Verjährung ist, daß man nicht befugt sein kann, darin blos eine einfache Abkürzung der Verjährungsfrist zu erblicken, bei der es zulässig sei, für ganz andere Verhältnisse irgend ein passendes Surrogat für die Eintragung ins Handels-Register aufzustellen, um sodann diese specielle Verjährung eintreten lassen zu können. Ist aber die Substituirung eines solchen Auskunftsmittels schon vermöge der Grundverschiedenheit in den beiden Verhältnissen im Principe nicht statthaft, so ist damit auch die Verwerfung der Verjährung durch den Appellations-Richter gerechtfertigt und deshalb auch nicht erheblich, daß Revident einen Unterstützungsgrund des zweiten Richters für seine Auffassung noch besonders bestritten hat. Gegen den Grund nämlich, daß der Art. 146. nicht sämmtliche Verhältnisse umfasse, da es uneingetragene Gesellschaften und uneingetragene Auflösungen derselben auch jetzt noch gebe, auf welche eben der Art. 146. wegen Mangels der Eintragung nicht anwendbar sei, und daß dieser Grundsatz daher auch auf Verhältnisse früherer Zeit unbedenklich anzuwenden sei, — will Revident geltend machen, daß der Nachtheil der Nichtanwendbarkeit des Art. 146. auf die jetzigen Interessenten sie wegen ihrer Nachlässigkeit mit Recht treffe, daß aber dieser Vorwurf den Interessenten aus der Zeit vor dem Handelsgesetz-Buche nicht gemacht werden könne. Allein dieser Vorwurf würde doch den Revidenten treffen, weil er zu seiner Zeit den Vortheil der Ermäßigung seiner Verpflichtung auf seinen Antheil, durch Befolgung des §. 308. Tit. 17. Thl. I. des A. L.-R. sich zu verschaffen versäumt, diese Beobachtung wenigstens nicht geltend gemacht hat. — Im Uebrigen will der zweite Richter damit nur die Specialität des Art. 146. und daß keine Nothwendigkeit zur generellen und ausnahmslosen Anwendung

vorhanden sei, darthun, und dieses Motiv wird von den Erwägungen von Verschuldung und Nichtverschuldung gar nicht berührt.

Hiermit sind die rechtlichen Ausführungen des Revidenten zur Rechtfertigung der Revision erledigt.

№ 26.

Berlin. Oertliches Gewohnheitsrecht.

Begründet das örtliche Gewohnsheitsrecht (das Herkommen) die Verbindlichkeit des Staates zum Baue und zur Unterhaltung der öffentlichen Brücken in der Stadt Berlin?

Das Königliche Polizei-Präsidium zu Berlin erachtete die Verbreiterung der sogenannten Halleschen Thorbrücke daselbst aus Rücksicht auf das Bedürfniß des öffentlichen Verkehres für nothwendig. Es entstand im administrativen Wege Streit darüber, ob der Fiscus oder die Stadt Berlin diese Verbreiterung zu bewirken schuldig sei. Im Gegensatze gegen die Ansicht und das darauf gegründete Resolut des Polizei-Präsidiums, entschied der Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten, laut Recursbescheides vom 24. October 1867., interimistisch, daß der Stadtgemeinde Berlin die Verbindlichkeit zur Verbreiterung der erwähnten Thorbrücke obliege. Gegen diese Festsetzung beschritt die Stadt Berlin den Rechtsweg. Sie

stellte den Antrag, zu erkennen, daß der Fiscus schuldig sei, die durch das Resolut des Handels-Ministeriums vom 24. October 1867. für nothwendig erachtete Verbreiterung der Halleschen Thorbrücke auszuführen, und die Kosten dieser Verbreiterung zu tragen, beziehentlich der Klägerin zu erstatten. Die Klägerin berief sich, unter Anderem, auch auf örtliches Gewohnheitsrecht (oder Herkommen), um die Verpflichtung des Fiscus zu begründen. Dieser aber, die rechtliche Möglichkeit eines derartigen Verpflichtungsgrundes und im Wesentlichen auch die thatsächliche Richtigkeit der Unterlagen dieses Rechtsgrundes bestreitend, beantragte die Abweisung der Klägerin. Demgemäß erkannte das Stadtgericht in Berlin am 22. Februar 1869. Dasselbe ließ unentschieden, ob durch Observanz überhaupt unter den Parteien ein den Fiscus verpflichtendes Rechtsverhältniß zum Baue und zur Unterhaltung der öffentlichen Brücken in Berlin habe entstehen können. Es wurde der Beweis dieses Klagegrundes nicht für erbracht erachtet.

Die Klägerin appellirte. Von dem Kammergerichte wurde, unter Abänderung der ersten Entscheidung, am 23. Mai 1870. der Verklagte, dem Klageantrage gemäß, verurtheilt. Der zweite Richter nahm das Herkommen für erwiesen an, und gründete hierauf, jedoch ohne die Frage über die rechtliche Möglichkeit der Observanz, als eines den Fiscus zum Baue und zur Unterhaltung der in Rede stehenden Brücke verpflichtenden Rechtsgrundes eingehend zu motiviren, die ausgesprochene Verurtheilung des Verklagten. Nunmehr legte der Fiscus die Revision ein. Es wurde indessen von dem zweiten Senate des Ober-Tribunals am 18. April 1871. die angefochtene Appellations-Entscheidung lediglich bestätigt. Die

Gründe

des Revisions-Erkenntnisses, soweit sie mit der in der Ueberschrift hervorgehobenen Frage im Zusammenhange stehen, lauten dahin:

Als Verpflichtungsgrund des Verklagten kommt die örtliche Observanz in Betracht.

Von Gewohnheitsrechten und Observanzen, welche in einzelnen Provinzen oder an einzelnen Orten bisher statt gefunden haben, handelt zunächst der §. 7. des Publications-Patentes zum Allg. Landrechte vom 5. Februar 1794. Es wird darin angeordnet: daß diese Gewohnheiten und Observanzen geprüft und soweit sie beizubehalten, in einem bestimmten Zeitraume den zu emanirenden Provinzial Gesetzbüchern einverleibt werden sollen; und sodann bestimmt, inwiefern nach dem Erscheinen dieser Gesetzbücher auf wohlhergebrachte Gewohnheiten eines Ortes oder Distriktes noch Rücksicht zu nehmen sei. Hierbei wird auf den §. 4. der Einleitung zum Allg. Landrechte verwiesen, welcher vorschreibt, und zwar bezüglich der den Provinzial-Gesetzbüchern nicht einverleibten Gewohnheitsrechte und Observanzen:

Insofern aber durch Observanzen etwas bestimmt wird, was die Gesetze unentschieden gelassen haben, hat es, bis zum Erfolge einer gesetzlichen Bestimmung, dabei sein Bewenden.

Es giebt ferner der §. 60. der Einleitung die Regel: daß durch Gewohnheiten neue Gesetze weder eingeführt, noch vorhandene aufgehoben werden können. Diese gesetzlichen Vorschriften haben nicht geringe Zweifel hervorgerufen. Es ist zuvörderst eine Meinungsverschiedenheit darüber entstanden: ob Gewohnheiten und Observanzen nach dem Sprachgebrauche des A. L.-R. synonym oder von einander verschieden seien? cfr. Bornemann, system.

Darstellung, Bd. 1. S. 30.; Strohn in Forni, Zeitschrift, Bd. 1. S. 286.; Koch, Lehrbuch, Bd. 1. §. 29.; Entscheidungen des Ober-Tribunals vom 15. Juni 1846. (Entsch. Bd. 13. S. 101.), vom 16. November 1852. (Striethorst's, Archiv, Bd. 8. S. 37.) und vom 5. April 1861. (das. Bd. 41. S. 139.), sowie vom 28. September 1857. (das. Bd. 27. S. 78.).

Diese Verschiedenheit der Ansichten kann jedoch außer Betracht bleiben, weil Gewohnheiten und Observanzen in der hier fraglichen Beziehung, ihrem Rechtsgrunde nach, dem Gewohnheitsrechte angehören. Es ist aber gegenwärtig unter den Parteien streitig, ob eine Observanz zwischen denselben überhaupt hat entstehen und ob sie dem Verklagten die Verbindlichkeit hat auferlegen können, deren Entstehung die Klägerin auf das Gewohnheitsrecht zurückführt?

Als unstreitig darf man hierbei ansehen, daß das Gewohnheitsrecht eine Rechtsregel, ein objectives Recht bildet, und in dieser Hinsicht mit dem geschriebenen Gesetze eine gleiche Wirkung hat, während die Rechtstitel das subjective Recht vermitteln. Die gesammelten Präjudizien des Ober-Tribunals handeln hierüber direct nicht; denn das zu §. 74. des Gesetzes vom 2. März 1850., betreffend die Ablösung der Reallasten u. s. w., (Ges.-Samml. S. 100.), ergangene Präjudiz Nr. 2417. unter 2. Präj.-Samml. (S. 175.) definirt zwar den Ausdruck „Herkommen“ als auf eine bestimmte Stelle bezüglich. Allein diese Definition bezieht sich nur speciell auf die hergebrachte Wiederbesetzung bäuerlicher Stellen und die davon abhängige Regulirungs-Fähigkeit derselben. Eine Reihe von Entscheidungen des Ober-Tribunals aber beschäftigt sich mit der Frage: inwieweit durch ein Gewohnheitsrecht unter bestimmten Personen Rechtsverbindlichkeiten entstehen können, oder es hierzu eines speciellen Titels bedarf?

Man darf zunächst als einen mit der Praxis übereinstimmenden Grundsatz betrachten: daß mit der Einführung des Allgemeinen Landrechtes das allgemeine Gewohnheitsrecht beseitigt und dasselbe nur als particuläres oder örtliches fortbestehend geblieben ist.

Es ist ferner nach Inhalt des Publications-Patentes vom 5. Februar 1794. §. 7., in welchem auf die allgemeinen gesetzlichen Grundsätze hingewiesen wird, als feststehend anzunehmen, daß die Eigenschaft einer rechtsgültigen Observanz nach den damals geltenden gemeinrechtlichen Principien beurtheilt werden muß. Welcher Art aber diese Grundsätze sind, dafür ist der Anhalt aus den mannigfach veröffentlichten Entscheidungen des Ober-Tribunals, weil diese zunächst maßgebend erscheinen, zu entnehmen.

a. In den Motiven zu dem Plenar-Beschlusse vom 20. Februar 1846. Präj. Nr. 1696. (Entsch. Bd. 12. S. 78. ff.) heißt es: „Auf eine solche scharfe Begrenzung des Begriffes (d. h. zwischen Observanz im engeren Sinne, durch Uebereinstimmung unter den Mitgliedern eines Collegiums, und im weiteren Sinne, als Gewohnheitsrecht) kommt es jedoch hier nicht an; es genügt, denselben im Allgemeinen dahin festzustellen: daß Observanz das particuläre Gewohnheitsrecht einer gewissen Gemeinheit, einer bestimmten Classe, eines Inbegriffs von Personen bedeutet. Die Observanz im engeren Sinne setzt also die Theilnahme an einem bestimmten Verbande, für welchen dieselbe gilt, voraus, und bezieht sich nur auf die aus demselben hervorgehenden Rechte und Pflichten: Observanz besteht nur für einen bestimmten Inbegriff von Personen. Die Rechte und Pflichten Einzelner, anderen Theilnehmern eines solchen Inbegriffes gegenüber, können nur insofern durch Observanz festgestellt werden, als: das Verhältniß, für welches dieselbe gilt,

solche Feststellungen erforderlich gemacht und daher das Recht oder die Pflicht der Einzelnen sich gleichzeitig mit den Rechten und Pflichten der übrigen Theilnehmer durch Gewohnheit geordnet hat u. s. w. Das Charakteristische einer Observanz besteht darin, daß sie nur auf Feststellung der Art und Weise gerichtet ist, wie die aus einem gewissen Verbande entstehenden Rechte und Pflichten von den Theilnehmern desselben auszuüben und zu erfüllen sind."

b. In einem Erkenntniß des ersten Senates vom 20. October 1865. wird gesagt:

Observanzen können sich überhaupt nur bilden unter Personen, welche sich in einem bestimmten durch gemeinsame Zustände hervorgerufenen Verbande befinden. — Die Entscheidung desselben Senates vom 5. April 1861. enthält folgende Argumentation: Gewohnheit und Observanz macht, wie das Ober-Tribunal wiederholt dargelegt, die Existenz von Rechtssätzen erkennbar, welche, mit stillschweigender Genehmigung der gesetzgebenden Gewalt, deshalb Gültigkeit erlangt haben, weil sie auf der von den Mitgliedern einer gewissen Gemeinheit, einer Classe oder eines Personen-Inbegriffes ausgesprochenen Ueberzeugung von deren Nothwendigkeit beruhen. Die Kraft der Observanz ist, nach deren Wesen und Begriffe, dadurch bedingt, daß diejenigen, unter welchen eine gewisse Handlungsweise fortdauernd befolgt worden, sich in einem bestimmten, durch gemeinsame Zustände hervorgerufenen Verbande befinden und daß sich das gleichförmige Verhalten auf die aus dem letzteren hervorgehenden Angelegenheiten bezieht, die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Theilnehmer dadurch geordnet werden.

c. In einem Falle, wo es sich um eine Wegebaulast in den beiden Lausitzen handelte, giebt der dritte Senat in

der Entscheidung vom 13. Februar 1854. folgende Argumentation; Die Observanz in der Bedeutung des Gewohnheitsrechtes, als äußere Erscheinung eines, neben dem geschriebenen bestehenden und demselben vorgehenden, Rechtes, setzt eine Gemeinsamkeit in den Verhältnissen verschiedener Personen voraus, und stellt in Beziehung auf diese gemeinsamen Verhältnisse ein für alle Theilnehmer an denselben geltendes Recht dar.

d. In dem Erkenntniß desselben Senates vom 14. März 1853. wird ausgeführt:

Eine Observanz setzt voraus, daß sich für einen bestimmten Bezirk oder Ort, für Mitglieder einer Corporation oder für eine gewisse Classe von Einwohnern durch allgemeine Befolgung Rechtsnormen gebildet haben, welche alsdann für den ganzen Ort, für alle Mitglieder der Corporation oder die ganze Classe der Bewohner in gleichen Fällen bindend sind.

e. Die Entscheidung des ersten Senates vom 28. September 1857. geht gleichfalls von der Existenz eines gemeinsamen Verbandes aus, indem sie im Allgemeinen als die Quelle des Gewohnheitsrechtes das gemeinsame Rechtsbewußtsein eines Volkes oder volksmäßigen Inbegriffes bezeichnet.

f. In dem Erkenntnisse des dritten Senates vom 11. Januar 1864. wird ausgeführt (Entsch. Bd. 51. S. 67.): Voraussetzung der Entstehung einer Observanz ist lediglich eine gewisse Gemeinsamkeit der thatsächlichen Verhältnisse, für welche eine Observanz behauptet wird, bei den Bewohnern eines gewissen Umkreises, oder bei gewissen Classen derselben, weil nur bei dem Vorhandensein dieser Gemeinsamkeit eine allgemeine Rechts-Ueberzeugung sich wird bilden können.

Im Allgemeinen darf man es als Regel betrachten: daß die Gewohnheit nicht zur Gestaltung individueller Rechts-Verhältnisse, also zur Begründung von Rechten und Pflichten zwischen Individuen dienen kann, sondern daß hierzu ein Rechtstitel erfordert wird. (Erkenntniß des zweiten Senates vom 11. Mai 1852.)

Es muß ferner bemerkt werden, daß der erste Senat in seiner Entscheidung vom 14. Juni 1869. (Entsch. Bd. 61. S. 227.) die Observanz als Entstehungsgrund der Verbindlichkeit zum Kirchenbaue in einem Streite zwischen der Kirchen- und der politischen Gemeinde angenommen hat.

Als einzelne Beispiele, in denen die Zulässigkeit einer Observanz angenommen ist, können angeführt werden:

a. bei Kirchenbau-Lasten zwischen den Eingepfarrten, gegenüber dem Patron, und unter mehreren Patronen;
b. bei Wegebau-Lasten in den beiden Lausitzen (Striethorst's Archiv, Bd. 12. S. 128);
c. bei dergleichen Lasten in Schlesien, insoweit die Observanz sich vor Emanation des Wege-Reglements vom 11. Januar 1767. gebildet hat (Entsch. Bd. 56. S. 365.);
d. bezüglich der Unterhaltung von Scheidezäunen, mit Bezugnahme auf die §§. 168. und 162. Tit. 8. Thl. I. des A. L.-R. — Entscheidungen des zweiten Senates vom 17. Dezember 1861. und vom 6. Juni 1867. (Striethorst's Archiv, Bd. 44. S. 132. Entsch. Bd. 58. S. 45.);
e. bezüglich der Zahlung eines Fährgeldes zwischen der Gutsherrschaft und den Einwohnern eines Dorfes. — Erkenntniß des zweiten Senates vom 16. November 1852. (Striethorst's Archiv, Bd. 8. S. 36.),
f. Der §. 118. Tit. 8. Thl. I. des A. L.-R. schreibt vor: Die Reine oder sogenannten Pflugrechte zwischen

benachbarten Grundstücken werden in der Regel als gemeinschaftliches Eigenthum angesehen.

In seiner Entscheidung vom 11. Januar 1864. (Entsch. Bd. 51. S. 63.) hat der zweite Senat ausgeführt, daß an einem bestimmten Orte gegen diese Regel eine Observanz sich habe ausbilden können.

Als Fälle, in denen die Zulässigkeit der Observanz als Verpflichtungsgrundes verworfen worden ist, verdienen hervorgehoben zu werden:

Der Streit über eine Brückenbaulast zwischen dem Fiscus, als Besitzer einer früher demselben gehörigen Herrschaft, und einer Stadt, welche ehedem als Mediatstadt zu dieser Herrschaft gehört hatte; (Entsch. des dritten Senates vom 14. März 1853.); — ferner ein Proceß zwischen Bürgern einer Stadt darüber, ob das Recht der Koppelhütung durch Observanz entstanden sei. (Erk. des zweiten Senates vom 11. Mai 1852.)

Nach dieser Auseinandersetzung ist man ursprünglich davon ausgegangen, daß die Voraussetzung der örtlichen Observanz oder Gewohnheit in der Rechts-Ueberzeugung bestehe, welche sich unter den Theilnehmern einer gewissen Gemeinheit, einer bestimmten Classe, eines bestimmten Inbegriffes von Personen an einem bestimmten Orte oder in einem größeren Districte gebildet hat. Auch im Laufe der Zeit ist hierin eine wesentliche Aenderung nicht eingetreten. Maßgebend bleibt immer: ein bestimmter durch gemeinsame Zustände unter verschiedenen Personen hervorgerufener Verband, eine gewisse Gemeinsamkeit thatsächlicher Verhältnisse unter den Bewohnern eines gewissen Umkreises oder bei gewissen Classen derselben.

Es kommt also darauf an, ob die thatsächlichen Verhältnisse zwischen dem Oberhaupte des Staates und den

übrigen Einwohnern der Stadt Berlin eine solche örtliche Gemeinschaft der Rechtsverhältnisse und Interessen begründeten, wie sie bei der Entstehung einer örtlichen Observanz die rechtliche Voraussetzung bildet. Die Klägerin hat in dem einen Abschnitte ihrer Appellations-Rechtfertigung den Versuch gemacht, auszuführen, daß nach dem Provinzialrechte der Churmark Brandenburg die Brückenbaulast nicht den Städten, als solchen, sondern nur insofern obliege, als das von den Brücken bedeckte Territorium ihrer Gerichtsbarkeit unterworfen gewesen; eventuell wird behauptet, daß jener Satz des Provinzialrechtes wenigstens auf Berlin keine Anwendung finden könne. Im Einzelnen wird angeführt:

a. Die churfürstliche Residenz habe ursprünglich aus mehreren gesonderten Städten, mit verschiedener Gerichtsbarkeit, bestanden, nämlich Berlin, Cölln und Friedrichswerder. In diesen Gerichts-Bezirken hätten diejenigen Ländereien zerstreut gelegen, über welche das churfürstliche Hausvoigtei-Gericht und das Amt Mühlenhof die Jurisdiction ausübten. Eine solche Gerichtsbarkeit habe der Churfürst auch für den Spreestrom und für das zu den angelegten Festungswerken verwendete Territorium prätendirt. Klägerin beruft sich hierbei auf den Schriftsteller Fidicin, und auf von ihr vorzulegende, jedoch nicht vorgelegte Magistrats-Acten.

b. Es wird der Geschichte der langen Brücke gedacht, welche ehedem unter der gemeinschaftlichen Gerichtsbarkeit der Magisträte von Berlin und Cölln gestanden und deshalb von beiden Städten, nach einem im Jahre 1649. festgesetzten und vorzulegenden Vertrage, nach dem Verhältnisse von zwei Dritteln zu einem Drittel habe unterhalten werden sollen. Im Jahre

1687. habe der Churfürst die Jurisdiction über die lange Brücke in Anspruch genommen, weil die Brücke über den Spreestrom führe. Hierbei wird Bezug genommen auf den Bericht des Magistrates vom 21. September 1687. und das Rescript vom 3. October 1687. Die Acten, in denen sich diese Urkunden befinden, sind vorgelegt und bestätigen den behaupteten Inhalt.

Demgemäß habe Churfürst Friedrich III. die Brücke 1682. auf alleinige Kosten neu bauen lassen. Der hierbei angerufene Küster, altes und neues Berlin, Thl. III. S. 32. (Berlin 1756.) bestätigt diesen Satz. Nicolai, Beschreibung der Residenzstädte Berlin und Potsdam (S. 68., Berlin 1786.), giebt eine nähere Beschreibung von dieser Brücke und deren Schicksal. Danach wäre sie 1661. auf Kosten des großen Churfürsten und des Rathes neu von Holz und 1692.—1695. von Friedrich III. aus Pirnaischen Quadersteinen anderweit neu erbaut worden.

c. Sodann wird fünf Brücken gedacht, welche vor der Befestigung der Stadt von dem Magistrate unterhalten seien. Bei der Befestigung seien diese Brücken eingegangen, an deren Stelle aber vom Churfürsten neue Brücken in der Nähe angelegt und von demselben dauernd unterhalten worden. Klägerin behauptet, diese Thatsache sei von dem Verklagten zugestanden, und aus den — nicht näher bezeichneten — vorerwähnten Berichten ersichtlich.

d. Auf eine Allerh. Cabinets-Order vom 17. Juli 1702. bezieht sich Klägerin darüber, daß König Friedrich I. die Unterhaltung der Jungfernbrücke angeordnet habe, weil er erfahren, daß ihm allein die Jurisdiction

zustehe. Eine nicht beglaubigte Abschrift einer solchen Order befindet sich Fol. 5. der Magistrats=Acten Vol. I. No. I. Brücken. Darin ist die Rede von einer Brücke, welche von der Spreegasse nach dem Friedrichswerder führte; der König hat erfahren, daß der Magistrat in Cölln vormals zur Unterhaltung der Gertraut'schen Brücke einen Deichselzoll gehabt, woraus selbige gebauet und unterhalten, der Nachschuß aber aus der Contribution genommen sei. Dies soll untersucht werden.

e. Auch wird eines Befehles vom Jahre 1709. gedacht, wonach proponirt worden ist, eine andere, bisher aus der Fortificationscasse unterhaltene, Brücke dem Mühlenhof zuzuweisen, weil selbigem die Jurisdiction daselbst und die fructus zuständen.

f. Klägerin behauptet ferner, daß seit dem Jahre 1678. keine neuen Brücken über den Spreestrom und die das Territorium der Residenz durchziehenden Gräben gebaut und daß die vorhandenen Brücken auf Kosten der landesherrlichen Cassen errichtet und unterhalten seien. Sie hat die Vorlegung der bei ihr vorhandenen, — nicht näher bezeichneten, — Acten angeboten und von dem Verklagten die Edition der in seinem Besitze befindlichen, den Bau und die Unterhaltung der Brücken betreffenden, Acten verlangt.

Verklagter hat diese Thatsachen bestritten und, unter Eideszuschiebung, verschiedene Brücken benannt, welche seit 1822. auf anderem Wege erbaut und unterhalten worden, wie Klägerin eidlich nicht leugnen werde. Verklagter ist bereit, auf Erfordern des Gerichtes, die Acten vorzulegen, sobald sie näher bezeichnet seien. Die Beweisaufnahme in dieser Richtung ist nicht erfolgt; die allgemeine Bezug=

nahme auf Acten auch für ein ausreichendes Beweismittel nicht zu achten. Klägerin aber hat einige, den Bau der Brücken betreffende, Acten vorgelegt. In dem Termine zur Vorlegung dieser Acten ist Verklagter nicht erschienen.

Was nun insbesondere die Hallesche Thorbrücke betrifft, so ist solche, nach der Behauptung der Klägerin, nach dem Jahre 1713. auf fiscalische Kosten erbaut über einen Graben, welcher zur Befestigung der Stadt dienen, auch die Desertion bei den Truppen verhindern sollte. Auch in der Folge soll der Staat die Brücke unterhalten und sie bei der Verbesserung des Grabens umgebaut haben. Zum Beweise dieser bestrittenen Behauptung hat Klägerin sich, wie bei e, auf zu edirende Acten und die historischen Nachrichten bei Fidicin und Küster berufen, ohne die Allegate zu präcisiren. Nach Fidicin (Beitr. Bd. 5. S. 41. ff.) hat der Graben mancherlei Veränderungen erfahren. Zufolge der Angaben dieses Schriftstellers ließ der König Friedrich I. im Jahre 1705. aus der Oberspree vor dem jetzigen Schlesischen Thor einen neuen Graben ziehen, mit dem bereits vorhandenen Graben in Verbindung setzen und diesen an einigen Stellen verlegen und verbreitern. Die Friedrichsstadt, zu welcher die Hallsche Thorbrücke gehört, ist nach Küster (a. a. O. Thl. I. S. 11.) von dem Könige Friedrich I. fundirt und im achtzehnten Jahrhunderte vollendet worden. Es wird daselbst näher angegeben, und darf als bekannt vorausgesetzt werden, daß der Anbau dieses Stadttheiles mit wesentlicher Staatshülfe erfolgt ist. Die Mauer hinter dem Rondeel ward im Juni 1734. angefangen und 1736. vor Pfingsten vollführt. Damit aber bei nachtschlafender Zeit nicht allerhand Leute heimlich einschleichen mögen, so sind die Vorstädte theils mit Zäunen, theils mit Häusern beschlossen. Auch ist außerhalb der

Vorstadt vor dem Cöpenicker Thore eine Landwehre gezogen, welche Gelegenheit gegeben, daß ein Canal in der Nähe der Bartholdischen, jetzo Einem Hochedlen Magistrate zuständigen Meierei aus dem Spreeflusse geleitet, und um die Vorstadt vor dem Cöpenicker Thore, wie auch die Friedrichs- und Dorotheenstadt, jedoch von der letzteren in etwas entfernet, durch den Thiergarten continuiret worden, allwo derselbe wieder in den Spreefluß fället und die dort angelegten Mühlen treibet.

Dem Werke von Nicolai (Berlin 1786.) liegt ein Plan bei, auf welchem der größte Theil des Grabens verzeichnet ist, unter dem Namen: Floßgraben. In der Nähe des ehemaligen Halleschen Thores sind zwei hintereinander laufende Uebergänge über den, an dieser Stelle eine kurze Strecke lang getheilten, Graben verzeichnet. Nicolai sagt darüber, vor dem Schlesischen Thore gehe aus der Spree der Landwehr- oder sogenannte Floßgraben, welcher 1705. auf Befehl des Königs Friedrichs I. angelegt worden, indem er den Lauf desselben ähnlich, wie Küster beschreibt. (S. 148.) Von der steinernen Mauer sagt er, sie sei 1734. bis 1736. auf Königliche Kosten errichtet. (S. 183.) Dicht vor dem Thore, heißt es S. 207., gehet über den Floßgraben eine Brücke und noch eine zweite über einen im Jahre 1773. von Seiner Excellenz dem Staatsminister v. Blumenthal veranstalteten Abzugsgraben.

Die Klägerin, um die rechtliche Möglichkeit einer örtlichen Observanz zu begründen, beruft sich darauf, daß eine gewisse Gemeinschaft rechtlicher und thatsächlicher Verhältnisse durch die Vereinigung der städtischen und landesherrlichen, ursprünglich von einander getrennten, Territorien zu der Residenzstadt, durch die Errichtung der landesherrlichen

Residenzgebäude mit ihrem Zubehör, durch die vielfachen Beleihungen einzelner Grundstücke im städtischen Gebiete mit fürstlichem und der Exemtion von dem städtischen Rechte, die verschiedenen Gerichtsbarkeiten innerhalb des ganzen Territoriums, die in diesem Theile geltenden verschiedenen Rechte, und die Befestigung der Residenz. Es ist auch nicht zu leugnen, daß diese durch die mehrgenannten Schriftsteller beglaubigten, wenn auch im Laufe der Zeiten sehr mannigfachen Veränderungen unterworfenen, thatsächlichen und rechtlichen, Verhältnisse zu einer Gemeinsamkeit Gelegenheit boten, zwischen den Regenten des Landes, in ihrer Eigenschaft als Inhabern der Residenz in Berlin, und in ihrer Eigenschaft als Oberhaupt des Staates. Ja es setzt keine eindringende Kenntniß in die Geschichte Berlins und seiner allmähligen Erweiterung voraus, wenn man behauptet, daß die jedesmaligen Landesherren für die Erweiterung und Verschönerung der Stadt in erheblichster Weise gewirkt haben. Es lagen mithin allerdings Verhältnisse vor, welche die rechtliche Möglichkeit zur Bildung einer Observanz begründeten. Demnach ist weiter überzugehen zu der Frage: ob Klägerin, soweit ihr der Beweis der Observanz obliegt, die Erfordernisse derselben nachgewiesen hat? In dieser Hinsicht kommen in Betracht: **die Uebung während eines langen Zeitraumes** und das dabei obwaltende **Rechtsbewußtsein der Gesetzmäßigkeit dieser Uebung.**

Anlangend das diuturnum tempus, so hat Klägerin sich auf das in dem Vorprocesse abgegebene Geständniß des Verklagten berufen, wonach das Factum eingeräumt worden: daß Fiscus seit einer langen Reihe von Jahren die sämmtlichen öffentlichen Brücken Berlins unterhalten habe. Hieran schließt sich das in dem gegenwärtigen Processe ab-

gegebene Zeugniß des Polizei-Präsidiums: daß Fiscus die Bauten und Reparaturen der hiesigen Brücken über die Spree von jeher von Amtswegen und theils ohne Aufforderung der Polizei, theils, wo die Unterhaltungspflicht nicht rechtzeitig ausgeübt wurde, nach deren Aufforderung, vorgenommen hat. Auch die von dem zweiten Richter allegirten Urkunden weisen auf eine solche, weit in das vorige Jahrhundert hineingehende, Uebung hin.

Die Momente, welche auf das bei dieser Uebung vorwaltende Rechtsbewußtsein schließen lassen, weisen für gewisse Brücken, deren Unterhaltung Fiscus gegen Entgelt übernommen hat, auf eine dem Fiscus ursprünglich obliegende Verpflichtung nicht hin. Im Uebrigen aber enthalten sie grade die Bestätigung dafür, daß Fiscus die sonstigen Brücken baulich zu unterhalten haben sollte. Es versteht sich aber von selbst, daß dem Fiscus bei allen denen Brücken, bei welchen ein besonderes Rechtsverhältniß obwaltet, mögen dieselben in diesem oder in dem vorigen Jahrhunderte entstanden sein, eine Observanz nicht entgegengestellt werden kann. Ein solches besonderes Verhältniß ist bei der Halleschen Thorbrücke weder dargethan, noch aus den historischen Nachrichten zu entnehmen. Die letzteren führen vielmehr auf die dringende Muthmaßung, daß die Brücke auf Kosten des Staates erbauet ist. In den Tagen der jetzt lebenden Menschen hat der Floß- oder Landwehrgraben zwar eine bedeutende Veränderung erfahren; denn es ist dieser Graben, sein Wasser aus der Spree entnehmend, und in dieselbe zurückführend, zu einem öffentlichen Schifffahrts-Canal erweitert worden. Allein diese Veränderung, weit entfernt, einen besonderen Rechtsgrund zu der von der Stadt abgelehnten Baupflicht darzubieten, möchte nach allgemeinen Gesetzen

vielmehr gegen den Fiscus sprechen, weil zufolge des §. 38. Tit. 15. Thl. II. des A. L.=R. die Nutzungen öffentlicher Ströme dem Staate gehören und nach dem §. 53. das. die Unterhaltung der Brücken über öffentliche Ströme in der Regel demjenigen obliegt, welcher daselbst die Nutzung des Stromes hat; wobei das Zeugniß des Polizei=Präsidiums zu beachten ist: daß Fiscus, soviel dem Präsidium bekannt, von jeher allein die Nutzungen des Spreestromes im Stadtgebiete von Berlin gezogen habe.

Die Bemängelungen des Revidenten sind von keiner Bedeutung. Vergleicht man die Urkunden in ihrem Zusammenhange, so muß man allerdings zugeben, daß in Ansehung der langen Brücke, welche zuletzt in den Jahren 1692. bis 1695. von Friedrich III. neu erbaut worden ist, die ursprünglichen Verhältnisse im Laufe der Zeit sich verändert haben. Aber eben diese Urkunden weisen auch darauf hin, daß im Laufe der Zeit die Baupflicht, wie man es für Recht und billig gehalten, constituirt und durch langjährige Uebung die Regelung dieser Pflicht zu gesetzlichem Ansehen gelangt ist. Müller, dessen Werk im Jahre 1678. erschienen ist, gedenkt des die lange Brücke betreffenden Falles an der von dem Revidenten allegirten Stelle. Er spricht von einem Streite bezüglich einer im Dorfe Wichmannsdorf befindlichen Brücke, zu deren Baue, auf Instanz des Rathes zu Templin, der Gutsbesitzer von Wichmannsdorf verurtheilt worden ist, weil die Brücke auf dessen Grund und Boden gelegen sei. Müller fährt fort: aus demselben Grunde pflegt die Spreebrücke zwischen Berlin und Cölln von dem Senate zu Berlin zu zwei Dritteln, von dem Cöllnischen zu einem Drittel schon von Alters her unterhalten zu werden. Diese Anführung, welche ohnehin mit den schon gedachten anderweiten historischen

Nachrichten nicht in vollem Einklange steht, kann für die Bildung einer späteren Observanz nicht im Wege sein.

Von beiden Theilen wird, insbesondere in dritter Instanz, die Frage angeregt, ob sich seit der Emanation des Edictes vom 18. April 1792. über die Verbindlichkeit der Unterthanen in der Churmark in Ansehung des Chaussee-baues, oder auch seit der im Jahre 1794. erfolgten Publication des Allgemeinen Landrechtes eine neue Observanz habe bilden können oder nicht. Die Möglichkeit der Bildung neuer Observanzen in denjenigen Materien, in welchen das Allg. Landrecht principaliter auf wohlhergebrachte Gewohnheiten eines Ortes oder Districtes verweist, und in denjenigen Provinzen, in welchen das Provinzialrecht noch nicht codificirt ist, findet in dem Präjudiz Nr. 1391. (Samml. der Präj. Th. I. S. 3.) und in einem Erkenntnisse des ersten Senates vom 28. September 1857., sowie in demjenigen vom 16. Juli 1861. (Entsch. Bd. 56. S. 9.), ihre Anerkennung. cfr. auch die Motive zu dem Plenar-Präjudize Nr. 1754. (Entsch. Bd. 13. S. 101.). Davon verschieden ist die Frage, ob sich in den Materien, in welchen auf Gewohnheiten nicht hingewiesen wird, noch nach der Emanation des Allg. Landrechtes praeter legem neue Gewohnheiten bilden können? (§. 4. der Einl. zum A. L.-R.). Die Anwalte beider Theile allegiren in dieser Richtung Entscheidungen des Ober-Tribunals, welche eine antinomische Auslegung constatiren. Es kann indessen füglich über diesen Punkt hinweg gegangen werden. Die von der Klägerin zum Beweise der Observanz beigebrachten Momente schreiben sich zwar zum Theil aus Zeiträumen nach den Jahren 1792. und 1794. her; allein es ist ein anerkannter Satz, daß zum Beweise der Bildung eines Gewohnheitsrechtes auch auf Momente hingewiesen werden darf, welche sich zwar später zugetragen

haben, jedoch den Schluß auf eine bereits früher entstandene Gewohnheit begründen. (S. Erkenntnisse vom 5. April 1861. und vom 17. November / 1. December 1865. (Entsch. Bd. 56. S. 365.). Ein solcher Fall liegt hier vor.

Bei dieser Sachlage ist das Erkenntniß zweiter Instanz ohne Weiteres zu bestätigen gewesen.

№ 27.

Stempelpflichtigkeit der unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufverträge.

Unterliegen Kaufverträge über inländische Grundstücke dem tarifmäßigen Stempel von Einem von Hundert auch dann, wenn dieselben als unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen angesehen werden?

Stempel-Tarif, vom 7. März 1822., sub voce: „Kaufverträge". (G.-S. S. 81.)

A. L.-R. Thl. I. Tit. 11. §. 263.

Die obige Frage ist in der Sache des Rittergutsbesitzers v. Sz. gegen den Stempelsteuer-Fiscus von den Gerichten der beiden ersten Instanzen bejahet, vom ersten Senate des Ober-Tribunals aber verneint, und am 12. Mai 1871. das Appellations-Urtel vernichtet, das erste Erkenntniß abgeändert und der Kläger v. Sz. mit seinem Erstattungsanspruche abgewiesen worden, aus folgenden

G r ü n d e n.

Durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Stadt- und Kreisgerichtes zu Danzig vom 17. März 1870. und des Appellations-Gerichtes zu Marienwerder vom 13. October ej. a. ist der verklagte Fiscus für schuldig erachtet, an den Kläger 230. Thlr., welche dieser zur Lösung eines defectirten Kaufvertrags-Stempels einstweilen und mit Vorbehalt eingezahlt hat, zurückzuzahlen. Der Appellations-Richter motivirt seine Entscheidung in folgender Weise:

„Nach der Fassung des §. 2. des Kaufvertrages vom 25. Juni 1865. unterliegt es keinem Zweifel, daß die Ehegattin des Gutskäufers, Grafen v. P., wenn sie die ihr in dem Vertrage vorbehaltene Erklärung: Miteigenthümerin des Gutes M. sein zu wollen, abgab, hierdurch in der Art in den Kaufvertrag zwischen ihrem Vater, dem Kläger, und ihrem Ehemanne, eintrat, daß an Stelle des einen Verpflichteten zwei Käufer, also nach dem §. 424. Thl. I. Tit. 5. des A. L.-R. die beiden Eheleute v. P. als correi hafteten. Dies Rechtsverhältniß ist von dem anderen, in welchem der Graf v. P. allein haftete, wesentlich verschieden. Da nun, nach dem §. 2. des Vertrages, der Kauf mit dem Grafen v. P. „unter der Bedingung geschlossen ist, daß es der Gemahlin des Käufers freisteht, in den Contract einzutreten“, so folgt hieraus, daß der Contractsabschluß mit P. so lange in der Schwebe sein sollte, bis die Erklärung der Frau v. P. in der gestellten vierzehntägigen Frist abgegeben war oder nicht. Denn die obligatio correalis und simplex schließen einander aus, so daß, wenn die erstere ungewiß ist, die letztere ausgeschlossen sein muß. Es ist auch nach Preußischem Rechte unzulässig, eine Suspensivbedingung, wie die vorliegende, in eine resolutive umzuwandeln. Der §. 263. Thl. I. Tit. 11. des A. L.-R. gestattet dies zwar, in sofern er bei der schon bewirkten

Uebergabe an den Käufer, welche unstreitig hier geschehen ist, „im zweifelhaften Falle" die Vermuthung einer auflösenden Bedingung ausspricht; indessen mit Rücksicht auf die Kürze der Frist von vierzehn Tagen, binnen deren sich entscheiden sollte, ob der Graf v. P. allein oder mit der Gräfin ideeller Miteigenthümer sein sollte, erscheint es im hohen Grade als wahrscheinlich, daß ein Wechsel im Eigenthume in dieser Zeit nicht eintreten, sondern von Anfang an die v. P.'schen Eheleute die gemeinschaftlichen Eigenthümer des Gutes M. werden sollten, zumal in dem ehelichen Verhältnisse der beiden Käufer und dem verwandtschaftlichen der Käuferin mit dem Verkäufer diese Annahme eine besondere Stütze findet. Unter den Parteien steht fest, daß die Frau Gräfin v. P. binnen der vierzehn Tage in den Kaufvertrag eingetreten ist. Der Vertrag vom 25. Juni 1865. ist also in der Art hierdurch perfect geworden, daß dem Grafen v. P. das Gut M. nur zur Hälfte verkauft ist. Demgemäß ist der Vertragsstempel nur von der Hälfte des Kaufpreises zu entrichten."

Diese Entscheidung greift der Fiscus im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde an; er wirft dem Appellations-Richter vor:

1. derselbe verletze die Allerhöchste Cabinets-Order vom 14. April 1832. (G.-S. S. 137.) und die Positionen: „Kaufverträge über inländische Grundstücke" und „über alle anderen Gegenstände" im Tarife zum Stempelgesetze vom 7. März 1822., sowie den Rechtsgrundsatz: „die Stempelpflichtigkeit eines Kaufvertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß derselbe unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen ist," durch Nichtanwendung;
2. die Ausführung des Appellations-Richters über die

obligatio correalis und simplex, und daß die beiden Eheleute, Graf und Gräfin v. P., als correi nach dem §. 424. Thl. I. Tit. 5. des A. L.=R. hafteten, sei nicht richtig, da die Gräfin v. P. die von ihrem Ehegatten als Käufer eingegangenen Verpflichtungen in der notariellen Beitritts=Erklärung vom 1. Juli 1865. nur zur Hälfte übernommen habe; somit verletze der Appellations=Richter den allegirten §. 424. durch unrichtige Anwendung;

3. es liege hier aber auch keine Suspensivbedingung vor, sondern es könne, weil nach Inhalt des Vertrages die Uebergabe an den Käufer geschehen, zufolge des §. 263. Thl. I. Tit. 11. des A. L.=R. höchstens eine Resolutivbedingung angenommen werden; mit Unrecht lasse der Appellations=Richter sich auf die außerhalb der Vertrags=Urkunde liegenden angeblichen Absichten und Verhältnisse der Contrahenten ein; er verletze damit den §. 263. Thl. I. Tit. 11. des A. L.=R. und den Rechtsgrundsatz durch Nichtanwendung: daß für die Beurtheilung der Stempelpflichtigkeit einer Urkunde lediglich deren Inhalt maßgebend ist.

Diese Rügen erscheinen, der Hauptsache nach, als begründet. Alles, was der Appellations=Richter über das ausschließliche Verhältniß der obligatio correalis zur obligatio simplex ausführt, erscheint in Beziehung auf den vorliegenden Fall als unzutreffend und verfehlt, und seine rechtliche Schlußfolgerung: also hafteten als correi nach dem §. 424. Thl. I. Tit. 5. des A. L.=R. die beiden Eheleute v. P., nicht einmal als richtig. In Betreff der hier zu entscheidenden Frage: ob zu dem notariellen Kaufvertrage vom 25. Juni 1865. der volle tarifmäßige Werthstempel von 460. Thlrn.

zu verwenden ist, oder: ob es zu demselben, mit Rücksicht darauf, daß, in Folge des Vorbehaltes im §. 2. desselben, die Gräfin v. P. in der Nachtragsverhandlung vom 1. Juli 1865. jenen Kauf bezüglich des Miteigenthumes auf die ideelle Hälfte der verkauften Gegenstände acceptirt hat, in Gemäßheit des Gesetzes vom 22. Juli 1861. (G.-S. S. 754.), etwa nur eines Stempels von 230. Thlrn. bedarf? kommt es allein darauf an: ob die erwähnte notarielle Verhandlung vom 25. Juni 1865. auch für den Fall, daß die Gräfin v. P. von der ihr im §. 2. eingeräumten Befugniß: in den Contract in der Art einzutreten, daß sie das Miteigenthum an den verkauften Grundstücken und Gegenständen auf die ideelle Hälfte erwerbe, keinen Gebrauch machen, das heißt innerhalb der festgesetzten Frist von vierzehn Tagen entweder gar keine Erklärung abgeben, oder jenen Erwerb positiv ablehnen sollte, in sich und ohne Weiteres einen vollständigen und perfecten Kaufvertrag zwischen dem Kläger, als Verkäufer einer Seits, und dem Grafen v. P., als alleinigen Käufer anderer Seits, enthält. Dies muß aber nach dem Inhalte der gedachten Urkunde unbedingt angenommen werden; eben deshalb unterliegt dieselbe aber auch dem vollen tarifmäßigen Werthstempel von 460. Thlrn. Es lauten nämlich die §§. 1. 3. und 4. des Vertrages, soweit deren Inhalt hier interessirt:

§. 1. Herr Rittergutsbesitzer v. Sz. verkauft seinem Schwiegersohne: dem Herrn Grafen v. P., das Gut M. für 56,000. Thlr., wovon 41,000. Thlr. auf die Grundstücke und 15,000. Thlr. auf das Inventarium gerechnet werden, und willigt in die Besittitel-Berichtigung auf den Namen des Herrn Käufers.

§. 3. Auf das Kaufgeld übernimmt Käufer 31,800. Thlr

eingetragene Forderungen. Der Ueberrest des Kaufpreises vom 24,200. Thlrn. bleibt beim Käufer stehen und wird mit fünf Procent verzinst.

§. 4. Die Uebergabe des Grundstückes an Käufer ist bewirkt, und übernimmt Letzterer von heute an Abgaben und Lasten.

Es liegen mithin alle Erfordernisse eines gültigen Kaufes, im Sinne des §. 12. Thl. I. Tit. 11. des A. L.=R. und zwar in der mehrgedachten Notariats=Urkunde, vor; namentlich aber ist in den vorextrahirten §§. 1. 3. und 4. der Graf v. P. allein und ganz bestimmt als Käufer bezeichnet; an ihn ist die Uebergabe bewirkt, und der Verkäufer, der nunmehrige Kläger, willigte ausdrücklich in die Besitztitelberichtigung auf den Namen desselben. Insoweit unterliegt die notarielle Urkunde vom 25. Juni 1865., nach dem Tarife zum Stempelsteuer=Gesetze vom 7. März 1822. Position: „Kaufverträge", in Verbindung mit der Allerhöchsten Cabinets=Order 14. April 1832., unzweifelhaft einem Werthstempel von Einem Procent, resp. von einem Drittelprocent in Höhe von 410. Thlrn. und 50. Thlrn., im Ganzen also von 460. Thlrn. Der Appellations=Richter folgert aber aus dem §. 2. jenes Kaufvertrages:

„Der Contract ist unter der Bedingung geschlossen, daß es der Gemahlin des Käufers freisteht, in den Contract in der Art einzutreten, daß dieselbe das Miteigenthum an den verkauften Grundstücken und Gegenständen auf die ideelle Hälfte erwirbt. Eine Erklärung darüber: ob Frau Gräfin v. P. hierauf eingehen, resp. das Miteigenthum erwerben wird, wird innerhalb vierzehn Tage erfolgen,"

daß der Contracts=Abschluß mit dem v. P. so lange in der Schwebe sein sollte. Er faßt die Verabredung des

§. 2. als eine Suspensivbedingung auf, und entnimmt hieraus sodann mit Rücksicht darauf, daß die Gräfin v. P. binnen der vierzehn Tage in den Kaufvertrag eingetreten ist, daß dem Grafen v. P. das Gut M. nur zur Hälfte verkauft und daß demgemäß der Vertragsstempel nur von der Hälfte des Kaufpreises zu entrichten sei. Die Entscheidung des Appellations-Richters wurzelt wesentlich in der rechtlichen Annahme: daß ein unter einer Suspensivbedingung abgeschlossener Kauf-Contract dem tarifmäßigen Stempel für Kaufverträge einstweilen und bis dahin, daß jene Bedingung eingetreten oder definitiv weggefallen ist, nicht unterliege. Grade diese Ansicht ist aber bereits in einer Reihe diesseitiger Erkenntnisse, nach mehrfachen Richtungen hin, wiederholt und entschieden gemißbilligt worden. Mit Recht verweist die Nichtigkeitsbeschwerde insofern auf die Präjudicate vom 8. Juli 1867., vom 4. October und vom 22. November 1869. In dem ersteren heißt es, nachdem vorangeschickt worden, der dortige Appellations-Richter habe angenommen, das Stempelgesetz mache keinen Unterschied zwischen bedingten und unbedingten Contracten:

„Entscheidend ist, daß der Vertrag vom 4. April 1864. den Titel für das Recht des Georg v. B. bildet, vom Kläger nicht blos eine Leibrente von jährlich 500. Thlrn., sondern auch in bestimmten Fällen von 1000. Thlrn. und resp. 3000. Thlrn. fordern zu können."

Im noch näheren Anschlusse an den hier vorliegenden Fall wird in dem Urtel vom 4. October 1869. ausgeführt:

Das Stempelgesetz bestimmt im Tarife, daß Kaufverträge über Grundstücke einem Stempel von Einem Procent des Kaufwerthes unterliegen. Ob dieser Kaufwerth ein bedingter oder unbedingter ist, erscheint gleichgültig; das Gesetz unterscheidet in dieser Beziehung nicht; immer hat

der Verkäufer aus dem Vertrage einen Titel auf das Recht erlangt, den Kaufpreis zu verlangen, sowie durch den Vertrag auch für den Käufer die Verpflichtung begründet wird, in dem festgesetzten Falle, außer den 6000. Thlrn., auch noch 4000. Thlr. zu bezahlen.

In der Sache R. wider den Fiscus endlich hatte die Nichtigkeitsbeschwerde behauptet und nachzuweisen versucht, daß bis zum Eintritte der gedachten Bedingung, wenn sie als eine aufschiebende Bedingung aufgefaßt würde, die Existenz des Vertrages als eines, über Grundstücke abgeschlossenen und nur deshalb mit dem Immobiliar-Kaufstempel zu besteuernden, Contractes in der Schwebe sich befinde und die daraus hervorgehenden Verbindlichkeiten niemals ins Leben getreten wären, sobald feststehe, daß die Bedingung nicht eintreten werde, und daß eine nie existent gewordene Verpflichtung der Stempelsteuer um deshalb nicht unterworfen sein könne. Diese Beschwerde hat das diesseitige Erkenntniß vom 22. November 1869. für nicht begründet erachtet.

Der §. 424. Thl. I. Tit. 5. des A. L.-R. dahin lautend:

Haben mehrere Personen zugleich sich einem Dritten in einem und eben demselben Vertrage verpflichtet, so ist, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet worden, anzunehmen, daß Einer für Alle und Alle für Einen dem Berechtigten für die Erfüllung haften,

rechtfertigt den von dem Appellations-Richter daraus gezogenen Schluß: daß also darnach die beiden Eheleute v. P. als correi hafteten, hier keineswegs; denn die Gräfin v. P. beschränkt in der notariellen Nachtragsverhandlung vom 1. Juli 1865. ihren Eintritt in die von ihrem Ehegemahle eingegangenen Verpflichtungen ausdrücklich dahin, daß sie nur für die Hälfte dieser Verpflichtungen aufzukommen

habe, und hiermit erklärte sich ihr Vater, als Verkäufer, vollständig einverstanden. Muß hiernach daran festgehalten werden, daß die Notariats-Urkunde vom 25. Juni 1865. schon in sich einen durchaus gültigen und perfecten Kaufvertrag zwischen dem Kläger und dem Grafen v. P. enthält, zu dem gesetzlich, selbst wenn man den Vorbehalt im §. 2. mit dem Appellations-Richter als eine Suspensivbedingung ansehen wollte, der volle tarifmäßige Stempel von 460. Thlrn. zu verwenden war, so unterliegt das Appellations-Urtel nicht blos der Vernichtung, sondern es muß, bei der alsdann eintretenden freien Prüfung des ganzen Sach- und Rechtsverhältnisses, auch das erste Erkenntniß abgeändert, und Kläger um so mehr mit seinem unbegründeten Erstattungsanspruche abgewiesen werden, als, nach der ganzen Lage der Sache, die Stipulation des §. 2., wenn darin überhaupt eine Bedingung zu finden wäre, nur als Resolutivbedingung aufgefaßt werden kann. Dafür spricht nicht nur der bestimmte Inhalt des §. 1., in welchem der Verkäufer, der jetzige Kläger, ausdrücklich in die Besitztitelberichtigung auf den Namen des Herrn Käufers, das heißt also eben des Grafen v. P., willigt, sondern insbesondere auch der Umstand, daß nach dem §. 4. die Uebergabe des Grundstückes an den Käufer, also an den Grafen v. P., bereits bewirkt war und Letzterer schon vom Tage des Contracts-Abschlusses ab Lasten und Abgaben übernommen hatte. Für Fälle dieser Art schreibt aber der §. 263. Thl. I. Tit. 11. des A. L.-R. vor:

Eine beigefügte Bedingung wird im zweifelhaften Falle für auflösend geachtet, wenn der Verkäufer, ehe sie noch erfüllt ist, die Sache dem Käufer übergeben hat.

In der That aber kann der Vorbehalt des §. 2., wenn gleich die Paciscenten selbst ihn als „Bedingung"

bezeichnen, rechtlich als eine solche gar nicht, sondern nur als eine gewöhnliche Vertragsstipulation aufgefaßt werden, die, soweit es auf die Stempelpflichtigkeit ankommt, auf den Zeitpunkt der Perfection des Kaufvertrages ganz ohne Einfluß ist. Dabei kann denn selbstverständlich ganz unerörtert und unentschieden bleiben: 1. ob die Vereinbarung zwischen der Gräfin v. P. und ihrem Vater, dem Verkäufer, wie sie in der Nachtragsverhandlung vom 1. Juli 1865. allein zwischen diesen Beiden getroffen ist, gesetzlich genügte, und namentlich dem §. 2. des Vertrages vom 25. Juli 1865. entsprach? und 2. ob das Gesetz vom 22. Juni 1861. in der That die Beschränkung des zu adhibirenden Werthstempels auf die Hälfte, das heißt auf 230. Thlr., ohne Weiteres rechtfertigen möchte?

№ 28.

Stempelpflichtigkeit der im Auslande abgeschlossenen Lieferungsverträge.

Unterliegen im Auslande abgeschlossene und im Auslande zu erfüllende Lieferungsverträge über nicht im Inlande befindliche Gegenstände, der Preußischen Stempelsteuer?

Gesetz wegen der Stempelsteuer, vom 7. März 1822. §. 12.
Stempel-Tarif von demselben Tage, sub voce: „Lieferungsverträge" und sub voce: „Kaufverträge" (G.-S. 1822. S. 63. 82. 81.)

Ueber die umstehende Frage ist in der Sache der Kaufleute Salomon L. und Genossen wider den General-Steuer-Director gestritten. Das Stadtgericht zu Berlin, sowie das Kammergericht erachteten derartige Lieferungsverträge nicht für stempelpflichtig und verurtheilten in ihren, wenigstens in soweit gleichlautenden, Erkenntnissen vom 18. November 1869., und vom 1. October 1870., den Fiscus, die von den Klägern einstweilen gezahlten 1306. Thlr. 25. Sgr. Stempelbeträge an diese wieder zurückzuzahlen. Die von dem Verklagten gegen das Appellations-Urtel noch eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat der erste Senat des Ober-Tribunals am 22. Mai 1871. zurückgewiesen, und zwar aus nachstehenden, für den vorliegenden Zweck allein interessirenden,

Gründen:

Zu sechs, im Jahre 1866. von den Klägern mit der Königlichen Intendantur des zweiten Armee-Corps in Böhmen und Mähren über Beschaffung von Armeebedürfnissen für die damals dort stehenden vaterländischen Truppen abgeschlossenen, Lieferungsverträgen sind nachträglich 1306. Thlr. 25. Sgr. Stempel erfordert, die die Kläger zwar eingezahlt haben, jetzt aber im Rechtswege nach Maßgabe des Gesetzes vom 24. Mai 1861. §§. 11 ff. von dem Fiscus wieder erstattet verlangen, da sie meinen, daß diese, im Auslande geschlossenen und eben dort auch zu erfüllenden, Verträge der Stempelsteuer überhaupt nicht unterlägen. Dieser Ansicht schloß sich das Stadtgericht in Berlin an; es führte aus: der Fiscus müsse die Stempelpflichtigkeit eines Vertrages nachweisen; im vorliegenden Falle wäre es insbesondere Sache des Fiscus gewesen, den einzigen Umstand, der jene Verträge stempelpflichtig machen könnte, daß sie vielleicht im Inlande befindliche Gegenstände zum Objecte

gehabt hätten, als vorhanden darzuthun; dahin zielende Behauptungen seien aber in der Klagebeantwortung überall nicht aufgestellt und wäre es daher als erwiesen anzunehmen, daß jene Verträge nicht stempelpflichtig seien. Es verurtheilte daher den Fiscus, den Klägern die von diesen ohne rechtlichen Grund gezahlten Stempelbeträge, nebst fünf Procent Zinsen seit der Klagebehändigung, zu erstatten. Nachdem indessen im Laufe der zweiten Instanz, mit Rücksicht auf den §. 12. des Gesetzes vom 24. Mai 1861., in Frage gestellt war: ob die Kläger auch mit Vorbehalt Zahlung geleistet hätten? machte das Kammergericht die Verurtheilung des Fiscus, resp. die Abweisung der Kläger, davon abhängig: ob letztere den ihnen referirten Eid, und zwar resp. de veritate und de ignorantia, in der Norm ableisten könnten: Ich ꝛc. schwöre,

> daß ich (resp. der Kaufmann Salomon L.) vor (oder bei) der Zahlung der in der Klage erwähnten Stempelbeträge von 1306. Thlrn. 25. Sgr. an die Königliche General-Militair-Casse in einem Schreiben an die letztere vom 10. Juni 1869. den ausdrücklichen Vorbehalt gemacht habe (resp. hat), diese Beträge von dem Fiscus im Wege des Processes wieder erstattet zu verlangen.

Auch das Kammergericht nahm an, es handle sich um im Auslande geschlossene und im Auslande zu erfüllende Lieferungsverträge, über nicht im Inlande befindliche Gegenstände, und es folgerte daraus weiter: es mangele deshalb an jedem gesetzlichen Grunde zur Besteuerung dieser Verträge; die Bezahlung der Stempel sei mithin ohne gesetzliche Verpflichtung erfolgt und die Kläger wären zur Rückforderung derselben berechtigt, wenn sie mit Vorbehalt gezahlt hätten. Nach dieser letzteren Richtung hin erachtete der Richter die Berufung der Appellaten auf das in Abschrift

producirte Schreiben des L. an die General-Militair-Casse vom 10. Juni 1869., zunächst, unter den hier obwaltenden besonderen Umständen, nicht für verspätet und führte dann weiter aus: Da Verklagter bestritten hat, daß die General-Militair-Casse dieses Schreiben erhalten hat, so kam es auf den, den Klägern referirten Eid an, der mit Rücksicht auf das gedachte Schreiben so, wie geschehen, normirt und zum Erkenntnisse gestellt werden mußte, da Verklagter die Erheblichkeit des Eides bestritten hat.

Was zuvörderst die Hauptfrage anbelangt: ob die in Rede stehenden sechs Lieferungsverträge zwischen den Klägern und der Königlichen Intendantur des zweiten Armee-Corps überhaupt der Stempelsteuer unterliegen? so geht der Appellations-Richter davon aus: daß dieselben im Auslande geschlossen, im Auslande zu erfüllen gewesen wären, und nicht im Inlande befindliche Gegenstände betroffen hätten, und bestreitet auch nicht, daß die auf Grund dieser Verträge von den Klägern bewirkten Lieferungen im Auslande geleistet worden sind. Diese thatsächliche Annahme läßt die Nichtigkeitsbeschwerde unangefochten; sie muß daher der jetzigen Entscheidung lediglich zum Grunde gelegt werden; und unter jener Voraussetzung erscheint die weitere rechtliche Schlußfolgerung des Appellations-Richters: es mangele deshalb an jedem gesetzlichen Grunde zur Besteuerung der fraglichen Verträge als vollkommen gerechtfertigt.

Ohne hinreichenden Grund will der Verklagte die Stempelpflichtigkeit auch solcher Verträge aus der Natur des Stempels, als einer Steuer, und zwar einer allgemeinen Staatsabgabe, sowie aus dem Umstande herleiten, daß für die Verträge der hier vorliegenden Art eine Befreiung von Stempel nicht angeordnet sei. In erster Beziehung

verweist er auf die Allerhöchste Cabinets-Order vom 18. November 1828., (Ges.-S. 1829. S. 16.), auf den §. 2. Thl. II. Tit. 14. und auf den §. 22. der Einleitung zum Allgemeinen Landrechte; und, in Folge des von ihm formulirten angeblichen Grundsatzes: Lieferungsverträge sind in der Regel, und sofern das Gesetz deren Befreiung nicht ausdrücklich anordnet, stempelpflichtig, wirft er dem Appellationsrichter weiter vor: den §. 12. des Stempelgesetzes vom 7. März 1822. durch unrichtige, und die Tarif-Position: „Lieferungsverträge" durch unterlassene Anwendung verletzt zu haben. Ein solcher Grundsatz läßt sich jedoch aus den allegirten gesetzlichen Vorschriften nicht herleiten und ist auch sonst nicht anzuerkennen. Es handelt sich hier um Entrichtung einer Steuer und zwar um eine Urkundensteuer und diese darf der Staat nur in den von dem Gesetze besonders vorgesehenen Fällen erheben. Eine Bestimmung etwa dahin: alle Urkunden sind stempelpflichtig, insofern nicht eine Befreiung vom Stempel ausdrücklich angeordnet ist, enthält das Gesetz nicht, und auch die Nichtigkeitsbeschwerde hat eine solche nicht nachgewiesen. Die Allerhöchste Cabinets-Order vom 18. November 1828. erläutert in ihrem ersten Absatze zunächst die im Stempel-Tarife vorkommenden Rubriken „amtliche Ausfertigungen" und „Gesuche", und stellt sodann in ihrem zweiten Absatze, in Folge der Erörterungen in einem Berichte des Staats-Ministeriums, die Unzulässigkeit des Rechtsweges über die Stempelpflichtigkeit eines Gegenstandes und über die Anwendung des Tarifes fest. Wenn dabei in Beziehung auf die damalige Unstatthaftigkeit des Rechtsweges bemerkt wird: „die Stempelsteuer gehöre zu den allgemeinen Staatsabgaben", so leuchtet von selbst ein, daß diese Bemerkung für die Beantwortung der hier

streitigen Frage keinen in Betracht kommenden Anhaltspunkt darbietet; ja, dieser Theil der Allerhöchsten Cabinets-Order kann jetzt um so weniger berücksichtigt werden, als, im graden Gegensatze zu derselben, das neuere Gesetz vom 24. Mai 1861. §. 11. für dergleichen Reclamationen in Stempelsachen den Rechtsweg ausdrücklich eröffnet hat. Eben sowenig greifen hier der §. 2. Thl. II. Tit. 14. des A. L.-R., dahin lautend:

> Dem Besteuerungsrechte, als einem Hoheitsrechte des Staates, sind alle diejenigen unterworfen, die für ihre Personen, Vermögen, oder Gewerbe den Schutz des Staates genießen;

oder der §. 22. der Einleitung zum Allgemeinen Landrechte:

> Die Gesetze des Staates verbinden alle Mitglieder desselben, ohne Unterschied des Standes, Ranges oder Geschlechtes;

Platz. Die Stempel-Abgabe ist keine allgemeine Personalsteuer in diesem Sinne, sondern wird, — abgesehen vom Erbschaftsstempel, — als Urkundensteuer nur von solchen schriftlichen Verhandlungen entrichtet, die das Gesetz vom 7. März 1822. oder dessen nachträgliche Ergänzungen und Erläuterungen für stempelpflichtig erklären. — Präjudicat vom 3. September 1866. (Striethorst's Archiv Bd. 68. S. 7.) — Nach dieser Richtung hin rügt die Nichtigkeitsbeschwerde zunächst eine unrichtige Anwendung des §. 12. des gedachten Gesetzes, welcher vorschreibt:

> Stempelpflichtige Verhandlungen müssen in der Regel auf das erforderliche Stempelpapier selbst geschrieben werden. Wo dies nicht hat geschehen können, darf zwar das erforderliche Stempelpapier noch nachgebracht, jedoch nur in ganzen, unangeschnittenen Bogen umgeschlagen

und cassirt, das ist: durch Bezeichnung seiner Bestimmung zu anderem Gebrauche untüchtig gemacht werden. Auch muß dies bei Verhandlungen, welche im Lande selbst vorgenommen werden, längstens binnen vierzehn Tagen, vom Tage der Ausfertigung an, geschehen und der Tag der Cassation deshalb von der Behörde oder dem Stempelvertheiler, wo das Stempelpapier gelöst worden, mit Buchstaben ausgeschrieben, bescheinigt werden. Wenn Inländer außerhalb Landes über einen im Lande befindlichen Gegenstand stempelpflichtige Verhandlungen gepflogen haben, so ist das dazu erforderliche Stempelpapier binnen vierzehn Tagen nach ihrer Rückkehr beizubringen und zu cassiren, auch der Tag, wo dies geschehen, vorgedachtermaßen zu bescheinigen.

Allerdings entscheidet dieser §. 12. den hier vorliegenden Fall, wo Inländer: drei in Berlin wohnhafte Kaufleute, die Kläger, und die Königliche Intendantur des zweiten Armee-Corps nicht über einen im Lande befindlichen Gegenstand, sondern über im Auslande befindliche Consumptibilien außerhalb Landes Lieferungsverträge geschlossen haben, keinesweges; und es mag dem Verklagten auch insofern Recht gegeben werden, als er ausführt: der allegirte §. 12. entscheide überhaupt gar nicht, ob eine Verhandlung stempelpflichtig sei oder nicht, sondern er schreibe nur die Zeit, binnen welcher, und die Modalitäten, unter welchen der Stempel zu stempelpflichtigen Verhandlungen beizubringen und zu cassiren sei, vor. Alles dies verkennt der Appellations-Richter indessen auch keinesweges; er führt nur aus: „Der Regel nach kann von einer Stempel-Abgabe nur dann die Rede sein, wenn das die Abgabe bedingende Ereigniß unter dem Schutze der Landesgesetze seine Existenz erlangt hat. Daß also im Auslande geschehene Verhandlungen, der

Regel nach, nicht der Stempelsteuer unterworfen sind, ist nach der Natur der Abgabe selbstverständlich und bedurfte es keiner speciellen Bestimmung darüber. Umgekehrt war eine specielle Vorschrift nothwendig, wenn ausnahmsweise ausländische Verhandlungen der Stempelsteuer unterliegen sollten. Dieser Grundsatz ist ausdrücklich in dem Rescripte des Finanz-Ministers vom 10. October 1842. (Schmidt, Commentar Bd. I. S. 3.) anerkannt, welches verordnet: „Die Bestimmungen des Stempelgesetzes erstrecken sich, der Regel nach, nur auf die in den Preußischen Staaten aufgenommenen Schriftstücke. Die Verwendung des inländischen Stempels zu den im Auslande aufgenommenen oder ausgestellten Verhandlungen läßt sich nur in dem Falle rechtfertigen, in welchem das Gesetz die Erhebung dieser Abgabe ausdrücklich angeordnet hat. Derselbe Grundsatz ist in dem Rescripte vom 20. October 1837. — Jahrbücher Bd. 50. S. 664. — ausgesprochen. Solche Ausnahmen von der Regel sind vorgesehen bei ausländischen, zum Gebrauche im Inlande bestimmten, Vollmachten (Rescript vom 8. März 1843. zu V., §. 37. Thl. I. Tit. 3. der A. G.-O.; Justiz-Ministerial-Blatt 1843. S. 8.); bei ausländischen, auf einen Inländer gezogenen Wechseln (Cabinets-Order vom 3. Januar 1830. — G.-S. S. 9.); bei ausländischen schriftlichen Acten über Immobilien des Inlandes (Tarif: „Kaufverträge"; §. 115. Thl. I. Tit. 5. des A. L.-R.). Dagegen existirt keine gesetzliche Vorschrift, wonach im Auslande geschlossene Kauf- oder Lieferungsverträge über bewegliche Sachen der Stempelsteuer unterworfen sind. Nur dann wird angenommen, daß solche Verträge stempelpflichtig sind, wenn sie von einem Inländer im Auslande über inländisches bewegliches Vermögen abgeschlossen sind. (Reuter, die Preußischen Stempelvor-

schriften, Thl. I. §. 3. S. 5.) Dies ist aus dem §. 12. des Stempelgesetzes zu entnehmen, wonach, wenn Inländer außerhalb Landes über einen im Lande befindlichen Gegenstand stempelpflichtige Verhandlungen gepflogen haben, das erforderliche Stempelpapier binnen vierzehn Tagen nach ihrer Rückkehr beizubringen ist. Der Einwand des Verklagten, daß der §. 12. nicht über die Stempelpflichtigkeit, sondern über die Zeit der Nachbringung des Stempels disponirt, ist allerdings richtig. Indessen folgt daraus nur, daß Verklagter die Angabe der gesetzlichen Vorschrift, wonach die fraglichen Verträge stempelpflichtig sein sollen, schuldig geblieben ist. In der That läßt aber auch der §. 12. a. a. O. erkennen, daß im Auslande geschlossene Verträge über im Auslande befindliche Sachen stempelfrei sind, weil es sonst an der unentbehrlichen Vorschrift, binnen welcher Frist der Stempel zu denselben nachzuliefern sei, fehlen würde, und die Vorschrift, daß stempelpflichtige Verhandlungen, der Regel nach, auf das erforderliche Stempelpapier geschrieben werden sollen, da nicht Anwendung findet, wo dies nicht geschehen konnte."

Dieser Ausführung muß als vollkommen zutreffend beigepflichtet werden, und fällt mithin die in der Richtigkeitsbeschwerde gerügte unrichtige Anwendung des §. 12. l. c. dem zweiten Richter keinesweges zur Last.

Freilich will der Verklagte die von dem Letzteren vermißte gesetzliche Vorschrift, nach welcher die hier in Rede stehenden Lieferungsverträge der Stempelsteuer wirklich unterworfen wären, in der Tarif-Position: „Lieferungs- und Kaufverträge" finden, und er wirft dem Appellations-Richter deshalb vor, diese Tarif-Position durch unterlassene Anwendung verletzt zu haben. Indessen auch dieser Vor-

wurf kann als begründet nicht anerkannt werden. Der Stempel-Tarif vom 7. März 1822. enthält zuvörderst sub voce: „Lieferungsverträge" die blos verweisende Bemerkung: wie „Kaufverträge," siehe diese, und nebenher die selbstständige Bestimmung; „Diejenigen, welche Lieferungen von Bedürfnissen der Regierung oder öffentlicher Anstalten übernehmen, sind verpflichtet, den vollen Stempelbetrag ausschließlich zu entrichten; zuvor aber heißt es sub voce: „Kauf-Verträge":

Kauf-Verträge über inländische Grundstücke und Grundgerechtigkeiten Eins vom Hundert des Kaufwerthes;

" über außerhalb Landes belegene Grundstücke und Grundgerechtigkeiten . . . 15. Sgr.

" über alle anderen Gegenstände ohne Unterschied, sofern über den Kauf derselben ein besonderer schriftlicher Vertrag abgeschlossen wird, Ein Drittheil Procent des vertragsmäßigen Kaufpreises.

Dieser letzte dritte Absatz lautet ganz allgemein: abgesehen von inländischen und außerhalb Landes belegenen Grundstücken und Grundgerechtigkeiten, sollen schriftliche Kaufverträge über alle anderen Gegenstände ohne Unterschied der Stempelsteuer zu einem Drittel Procent unterliegen. Es mag daher zugegeben werden, daß auch Kaufverträge über nicht im Inlande befindliche Gegenstände sonst in dieser Art, also mit einem Drittel Procent, zu versteuern sein würden; das stellt indessen der Appellations-Richter an sich auch nicht in Abrede. Seine schließliche Annahme: die hier in Rede stehenden sechs Lieferungsverträge wären nicht stempelpflichtig, gründet sich nicht

sowohl darauf allein, daß die fraglichen Verträge die Lieferung nicht im Inlande befindlicher Gegenstände betroffen hätten, als er vielmehr deren Stempelfreiheit als selbstverständlich um deshalb für geboten ansieht, weil dieselben im Auslande geschlossen und zu erfüllen gewesen wären. Die aus einer angeblichen Verletzung der gedachten Tarif-Position entnommene Beschwerde ist daher jedenfalls verfehlt.

№ 29.

Ostpreußen. Anspruch auf Grundsteuer-Entschädigung für Grundstücke, von welchen bisher die Contribution entrichtet ist.

Sind die Besitzer solcher Grundstücke, welche bisher von der Grundsteuer, insbesondere von der Contribution, thatsächlich nicht befreit gewesen sind, befugt, zur Erlangung der Grundsteuerentschädigung nachzuweisen, daß ihren Grundstücken privilegienmäßig die Grundsteuerfreiheit zugestanden habe?

Gesetz, betreffend die anderweite Regelung der Grundsteuer, vom 21. Mai 1861. §. 5. (Ges.-S. 1861. S. 255.)

Gesetz, betreffend die für die Aufhebung der Grundsteuer-Befreiungen und Bevorzugungen zu gewährende Entschädigung, vom 21. Mai 1861. §§. 2. 4. 6. (Ges.-S. 1861. S. 327—329.)

Die umstehende Frage ist in der Sache des Ritterguts-besitzers Kr. wider den Fiskus streitig geworden, und von dem ersten Senate des Ober-Tribunals in seinem Erkenntnisse vom 10. December 1869. näher erörtert, durch dieses Erkenntniß auch die von dem Kläger gegen das Appellations-Urtel eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Der Kläger behauptet, daß durch mehrere Privilegien, resp. Permutationen aus den Jahren 1395., 1435. und 1515. dem Gute L., welches mit dem jetzt ihm gehörigen Gute Tr. nebst dem Vorwerke Qu. identisch sei, von den damaligen Bischöfen Heinricus, Franziscus und resp. Tobianus von Ermland auch die Befreiung von jeder künftigen Grundsteuer verliehen sei. Da sein genanntes Gut auf Grund des §. 5. des Gesetzes vom 21. Mai 1861. vom 1. Januar 1861. ab dennoch mit einem Jahresbetrage von 223. Thlrn. 8. Sgr. 2. Pf. zur Grundsteuer herangezogen worden, so hat er gebeten, zu erkennen:

daß Fiscus schuldig, den aus dem §. 2. des Gesetzes vom 21. Mai 1861. erhobenen Anspruch auf Grundsteuer-Entschädigung für das Gut Tr. nebst Vorwerk Qu. anzuerkennen.

Durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Stadtgerichtes zu Königsberg, sowie des dortigen ostpreußischen Tribunals vom 2. November 1868. und vom 6. April 1869. ist der Kläger mit diesem Antrage abgewiesen. Der erste Richter gründet die Abweisung darauf, daß die Besitzer des Gutes sich im Zustande factischer Befreiung von

der landesüblichen Grundsteuer zugestandenermaßen seit dem Jahre 1772. nicht befunden hätten. Und in ähnlicher Weise führt der Appellations-Richter aus: „Das Gesetz vom 21. Mai 1861. hat nur denjenigen Grundbesitzern eine Entschädigung zuerkannt, welche bis dahin thatsächlich eine Grundsteuer-Befreiung oder Bevorzugung genossen haben. Der Kläger und seine Vorbesitzer haben unstreitig seit 1772. die Contribution entrichtet; daher giebt das Gesetz vom 21. Mai 1861. für den Entschädigungsanspruch des Klägers keinen Raum und es ist nicht weiter zu untersuchen, ob ihm nach den überreichten Privilegien ein Anspruch auf Grundsteuerfreiheit zugestanden haben würde."

Durch diese Ausführung soll der Appellations-Richter, wie ihm die Nichtigkeits-Beschwerde vorwirft, den §. 5. des Grundsteuer-Gesetzes vom 21. Mai 1861., sowie die §§. 1. 2. 4. und 6. des gleichzeitigen Entschädigungs Gesetzes verletzt haben. Die Ansicht des Appellations-Richters: „nur die thatsächliche Freiheit von der Grundsteuer wäre bei dem Anspruche auf Entschädigung für die Aufhebung der Grundsteuer-Befreiung maßgebend, ein solcher Anspruch sei dagegen nicht begründet, wenn gleich der Besitzer des betreffenden Grundstückes de jure nicht verpflichtet gewesen wäre, die frühere, thatsächlich von ihm eingehobene, Steuer zu bezahlen, lasse sich mit dem Gesetze nicht vereinigen."

Dieser Vorwurf erscheint indessen nicht begründet, und die Beschwerde auch insofern unzutreffend, als sie zum Theil von factischen Voraussetzungen ausgeht, die dem Appellations-Urtel fremd sind; namentlich stellt der vorige Richter keineswegs fest, daß der Kläger und seine Vorbesitzer überhaupt de jure nicht verpflichtet gewesen, die seit 1772. von ihnen entrichtete Contribution zu bezah-

len, sondern er bemerkt nur: unter den obwaltenden Umständen sei es nicht weiter zu untersuchen, ob dem Kläger nach den überreichten Privilegien ein Anspruch auf Grundsteuer-Freiheit zugestanden haben würde. An den §. 4., welcher sub a.—e. die beizubehaltenden Grundsteuerfreiheiten aufzählt, schließt sich der in der Richtigkeits-Beschwerde zunächst als verletzt bezeichnete §. 5. des Haupt-Gesetzes dahin an:

Alle übrigen, bisher von der Grundsteuer befreiten oder hinsichtlich derselben bevorzugten Grundstücke sind vom 1. Januar 1865. ab mit dem nach Ausführung der Vorschrift im §. 3. sich ergebenden Procentsatze, dem für sie ermittelten Reinertrage entsprechend, zur Grundsteuer heranzuziehen.

Die Gewährung einer Entschädigung für die Aufhebung der Grundsteuer-Befreiungen und Bevorzugungen erfolgt nach Maßgabe des dieserhalb erlassenen Gesetzes vom heutigen Tage.

Dem entsprechend bestimmt dann das allegirte gleichzeitige Entschädigungs-Gesetz:

§. 1. Für die im §. 5. des vorgedachten Gesetzes angeordnete Heranziehung bisher befreiter oder bevorzugter Grundstücke zur Grundsteuer wird in dem durch die §§. 2.—4. des gegenwärtigen Gesetzes bestimmten Umfange eine Entschädigung aus der Staatscasse gewährt.

Mit Recht entnimmt der Appellations-Richter aus diesen Vorschriften, daß danach von einer Entschädigung überhaupt nur in Betreff solcher Grundstücke die Rede sein kann, welche bisher von der Grundsteuer befreit oder min-

bestens bevorzugt gewesen sind. Die in beiden Gesetzen sich ziemlich gleichmäßig wiederholenden Bezeichnungen:

„Alle übrigen bisher von der Grundsteuer befreiten oder hinsichtlich derselben bevorzugten Grundstücke" — §. 5. —

und

„Für die Heranziehung bisher befreiter oder bevorzugter Grundstücke"

erscheinen nach dieser Richtung hin so klar, daß sie irgend einer weiteren Deutung oder Auslegung nicht bedürfen. Augenscheinlich passen jene Bezeichnungen nicht auf das dem Kläger gehörige Gut Tr. nebst dem Vorwerke Qu., welche bei der, nach der Besitznahme von Polnisch-Preußen im Jahre 1772., auf Grund der Immediat-Instruction über die neue Contributions-Einrichtung in Ermland, Marienburg u. s. w. erfolgten, allgemeinen Catastrirung der dortigen Grundstücke sogleich, ohne alle Bevorzugung, mit der vollen Contribution von 116. Thlrn. belegt sind und deren Besitzer diese Contribution, die dortige landesübliche Grundsteuer, seit dem bis zum 1. Januar 1865., d. h. bis zur Erhebung der neuen Grundsteuer, unweigerlich entrichtet haben. In Betreff der Höhe der zu gewährenden Grundsteuer-Entschädigungen werden sodann unterschieden:

a. solche Grundstücke, welchen die Grundsteuer-Befreiung oder Bevorzugung mittelst eines lästigen Vertrages oder mittelst eines speciellen Privilegiums vom Staate verliehen ist, oder denen aus einem anderen Titel des Privatrechtes der Rechts-Anspruch auf Steuer-Freiheit oder Bevorzugung, dem Staate gegenüber, zur Seite steht, §. 2. a. a. O.;

und

b. solche seither von der Grundsteuer befreite oder hin-

sichtlich derselben bevorzugte Grundstücke, welche einen Rechtstitel der im §. 2. gedachten Art nicht für sich geltend machen können; §. 4. ebendas.

Es ist allerdings richtig, daß es sich hier nicht um ein Grundstück der zu b. gedachten Art handelt, daß der Kläger vielmehr ausdrücklich eine Grundsteuer-Entschädigung nach Maaßgabe des §. 2. des Gesetzes vom 21. Mai 1861. beansprucht; und ebenso muß dem Kläger zugegeben werden, daß die Ausdrücke „thatsächlich steuerfrei" und „thatsächliche Steuerfreiheit" erst im §. 6. vorkommen, welcher sich sonst nicht auf den §. 2., sondern auf das im §. 4. gedachte Entschädigungs-Capital bezieht. Dessenungeachtet verletzt der Appellations-Richter die §§. 4. und 6. keinesweges, wenn er diese Ausdrücke mit dazu benutzt, um näher nachzuweisen, was der Gesetzgeber unter den in den eben allegirten §§. 5. und 1. genannten bisher befreiten, oder bevorzugten Grundstücken gemeint hat. Es mag dabei noch erwähnt werden, daß Rittergüter nach dem §. 5. Nr. 1. an sich zur Theilnahme an dem, im §. 4. ausgesetzten, Entschädigungs-Capitale berechtigt sein sollen; es wird aber sofort beschränkend hinzugefügt:

Diesen Gütern sind jedoch nicht beizuzählen: die Rittergüter in den der Westpreußischen Grundsteuer-Verfassung unterliegenden Landestheilen, soweit diese Güter die gesetzlichen Grundsteuern wirklich entrichten.

Und somit liefert auch diese Bestimmung mittelbar einen Beweis für die Ansicht des Appellations-Richters, daß das Gesetz vom 21. Mai 1861. nur denjenigen Grundbesitzern eine Entschädigung zuerkannt habe, welche bis dahin thatsächlich eine Grundsteuer-Befreiung oder Bevorzugung genossen. Ohne Grund beruft sich der Kläger zum Erweise des Gegentheiles und zur Rechtfertigung der Be-

hauptung: es komme nicht darauf an, ob von einem Gute thatsächlich, vielleicht aus Irrthum oder um des Friedens willen, früher die landesübliche Grundsteuer entrichtet sei, sondern es frage sich lediglich, ob das betreffende Grundstück de jure dazu verpflichtet gewesen, auf den §. 6. l. c. Derselbe lautet, soweit dessen Inhalt hier interessirt:

Ausgeschlossen von der Theilnahme an dem Entschädigungs-Capitale (§. 4.) bleiben die Besitzer:

1. . . . .

2. solcher Güter und Grundstücke, deren thatsächliche Steuerfreiheit schon nach der besonderen, in dem betreffenden Landestheile bestehenden Grundsteuer-Verfassung nicht zu Recht besteht, vielmehr nach den Grundsätzen dieser Verfassung zu jeder Zeit ohne Entschädigung aufgehoben werden konnte.

Ganz zutreffend macht der Appellations-Richter indessen geltend: diese Bestimmung rechtfertige jedoch nicht — per argumentum a contrario — den Schluß, daß also umgekehrt Grundstücke, welche zur Zeit der Emanation des Gesetzes vom 21. Mai 1861. die landesübliche Grundsteuer zahlten, jedoch ein Recht auf Befreiung zu erwirken befugt gewesen sein möchten, einen Anspruch auf Entschädigung nach dem §. 2. des Gesetzes vom 21. Mai 1861. mit Wirkung verfolgen dürften. Lediglich um einen solchen handelt es sich hier; Kläger erhebt seinen Entschädigungsanspruch ausdrücklich aus dem §. 2. des Gesetzes vom 21. Mai 1861., und auch nur mit diesem ist der Kläger durch die gleichlautenden Vor-Erkenntnisse abgewiesen worden.

Wenn derselbe erinnert: man würde zunächst fragen dürfen, wie oft und wie lange der Besitzer des privilegienmäßig steuerfreien Gutes thatsächlich die mit

Unrecht diesem Gute obtrudirte Steuer entrichtet haben müßte, um des Rechts verlustig gegangen zu sein, auf die privilegienmäßige Steuerfreiheit seines Gutes zurückgehen zu dürfen, es bliebe zu untersuchen, ob die einmalige Zahlung vor Erlaß der Gesetze von 1861. schon hinreiche; so erscheinen diese Bedenken für die Entscheidung der vorliegenden Sache unzutreffend und müßig. Die Voraussetzungen der Nichtigkeits-Beschwerde: daß das Gut des Klägers privilegienmäßig steuerfrei gewesen, und daß demselben die im Jahre 1772. veranlagte Contribution mit Unrecht obtrudirt worden, sind dem Appellations-Urtel durchaus fremd. Der zweite Richter legt seiner Entscheidung vielmehr die unbestrittene Thatsache zum Grunde, daß der Kläger und seine Vorbesitzer von dem Gute Tr. seit 1772., also seit der Zeit, wo auf Grund der Immediat-Instruction vom 5. Juni 1772. in dem neu in Besitz genommenen Ermlande die Contribution überhaupt erst regulirt und eingerichtet worden, diese Contribution mit dem vollen veranlagten Betrage von 116 Thlr. bis zum 1. Januar 1865. alljährlich unweigerlich entrichtet haben; und er entnimmt hieraus, das Gesetz vom 21. Mai 1861 gebe daher für den Entschädigungsanspruch des Klägers keinen Raum. Zu einer Erörterung der von dem Kläger aufgeworfenen Frage: ob etwa eine einmalige Zahlung der Steuer schon hinreiche? hatte der Appellations-Richter keine Veranlassung.

Endlich hatte der Kläger, wenigstens in seiner Appellations-Rechtfertigung vom 20. Januar 1869. noch auf die stenographischen Berichte der betreffenden Landtags-Verhandlungen, sowie auf die Motive der Regierungs-Vorlage, jedoch ohne irgend nähere Allegate Bezug genommen. Für das Verständniß des hier vorzugsweise in Betracht kommenden Ausdruckes: „bisher befreite Grundstücke“ bieten jene Ver-

handlungen gar keinen Anhalt dar; dagegen widerlegen sie wenigstens den eventuellen, auf die sogenannte Assecuration vom 12. Mai 1787. — v. Vegesack Westpreuß. Prov.-Recht, II. Bd. S. 394. — gestützten, Entschädigungsanspruch des Klägers gradezu als ungerechtfertigt. In der 24. Sitzung am 9. März 1861. war allerdings der Antrag gestellt:

Das Haus der Abgeordneten wolle beschließen, dem §. 2. des Commissions-Berichtes — (der im Allgemeinen dem §. 2. des jetzigen Entschädigungs-Gesetzes vom 21. Mai 1861. entspricht,) — in einem besondern Alinea folgenden Zusatz zu geben: Die Besitzer der ländlichen oder städtischen Güter oder Grundstücke der ehemaligen Provinz Westpreußen, welche bisher der provinziell üblichen Grundsteuer unterworfen gewesen sind, und welchen die Assecuranz-Urkunde vom 12. Mai 1787. zur Seite steht, erhalten als Entschädigung den 13½fachen Betrag derjenigen Summe, welche sie nach dem Gesetze, betreffend die anderweite Regelung der Grundsteuer, vom 1. Januar 1865. ab mehr, als gegenwärtig, an jährlicher Grundsteuer zu zahlen haben werden.

Dies Amendement, das recht eigentlich ganz aus denselben Erwägungen hervorgegangen war, auf welchen der eventuelle Entschädigungsanspruch des Klägers beruht, ist indessen Seitens der Staats-Regierung sofort bekämpft, und, nachdem insbesondere der Finanz-Minister hervorgehoben hatte: „es handle sich hier (bei jener Assecuration) nicht um Privilegien, sondern um Acte der Gesetzgebung, die als solche im Wege der Gesetzgebung auch wieder zurückgenommen oder modificirt werden könnten", bei der Abstimmung verworfen worden.

Stenographische Berichte. Haus der Abgeordneten 1861. Bd. I. S. 437. 442. 448. 449.

Unter diesen Umständen kann ganz dahin gestellt bleiben, ob das Ermland in ständischer Beziehung im Jahre 1787. wirklich noch zu Westpreußen gehört hat, oder damals schon zu Ostpreußen geschlagen gewesen ist, und ob also die genannte Assecuration vom 12. Mai 1787. dem Kläger überhaupt zur Seite steht. Der §. 2. des wenig jüngeren ostpreußischen Landschafts-Reglements vom 16. Februar 1788. bezeichnet wenigstens das Bisthum Ermland als „fortwährend zu Ostpreußen gehörig."

№ 30.

Westpreußen. Grundsteuer-Entschädigung für ehemalige Domainen-Erbpachtsgrundstücke.

Steht den Besitzern früherer Domainen-Erbpachtsgrundstücke in den Kreisen Westpreußens, welche eine Zeit lang zum Herzogthume Warschau gehört haben, wegen der jenen Gütern auferlegten Grundsteuer, ein Anspruch auf Entschädigung zu, wenn den Erbpächtern in den ursprünglichen Erbpachtsverträgen Freiheit von Contribution versprochen ist, jene Grundstücke aber während der gedachten Fremdherrschaft, in Folge der Herzoglich Warschau'schen Finanzgesetze, inzwischen mit dem Rauchfanggelde — Podymne — belegt worden sind, und diese Steuer auch nach der Reoccupation von der Preußischen Regierung forterhoben ist?

Gesetz, betreffend die anderweite Regelung der Grundsteuer, vom 21. Mai 1861. §. 5. (Ges.-S. 1861. S. 255.)

Gesetz, betreffend die für die Aufhebung der Grundsteuer-Befreiungen und Bevorzugungen zu gewährende Entschädigung, vom 21. Mai 1861. §. 2. und 3. Ebend. S. 327.)

Herzoglich Warschau'sche Finanzgesetze vom 24. März 1809 und vom 23. December 1811.

Gesetz, betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, vom 2. März 1850. §. 2. Nr. 2. (Ges.-S. 1850. S. 80.)

Die obige Frage ist in der Sache K. und Genossen wider den Fiscus streitig geworden und näher erörtert. Während das Kreisgericht zu Marienwerder in seinem Erkenntnisse vom 15. September 1868. den Fiscus für schuldig erachtete, anzuerkennen, daß den Klägern für die ihren Grundstücken in Neu-Skompe auferlegte Grundsteuer das Recht auf Entschädigung nach den §§. 2. und 3. des Gesetzes vom 21. Mai 1861. zustehe, hat das Appellations-Gericht daselbst in seinem Urtel vom 15. März 1869. die Kläger mit ihrem Antrage auf Gewährung einer höheren, als der in den Entscheidungen der Grundsteuer-Entschädigungs-Commission vom 16. Mai und 27. September 1867. ihnen bewilligten Grundsteuer-Entschädigung, in Gemäßheit der §§. 2. und 3. des Grundsteuer-Entschädigungs-Gesetzes vom 21. Mai 1861. abgewiesen. Gegen das zweite Erkenntniß haben die Kläger zwar noch die Revision eingelegt, der erste Senat des Ober-Tribunals hat jedoch am 10. September 1869. das Appellations-Urtel bestätigt, und zwar aus folgenden, zugleich das Sachverhältniß, soweit es für den vorliegenden Zweck interessirt, ergebenden

Gründen.

Mittelst Vertrages vom 8. Mai 1804. überließ die damalige westpreußische Kriegs- und Domainen-Kammer dem Colonisten Schr. nebst elf anderen Colonisten das von ihnen bisher im Besitze gehabte ehemalige Königliche Domainen-Vorwerk Skompe gegen einen jährlichen Erbpachts-Canon von 240. Thlrn. zu Erbpachtsrechten, frei von Scharwerk und Burgdiensten, von Contribution, Kopf-, Horn- und Klauen-Schoß, sowie von Bienen-Zins. Es mag zugegeben werden, daß die erwähnte Contribution, nach der damaligen Verfassung, die in Westpreußen landesübliche Grundsteuer war; die Kläger gehen aber zu weit, wenn sie meinen, durch jene Zusage der Freiheit von Contribution habe der Fiscus für ewige Zeiten die Garantie übernehmen wollen, daß den vererbpachteten Grundstücken künftighin niemals, selbst im Wege der allgemeinen Gesetzgebung nicht, eine Grundsteuer auferlegt werden dürfe und würde. Zu einer derartigen Annahme nöthigen die gebrauchten Worte: „frei von Contribution", nicht zwingend, vielmehr sprechen die concurrirenden Umstände und Verhältnisse, sowie der sonstige Inhalt des gedachten Erbpachtsvertrages entschieden dagegen. Der §. 3. der Instruction für die Classifications-Commissarien für die neue Contributions-Einrichtung in Ermland, Marienburg, Culmschen, Pommerellen und Stücken an der Netze vom 5. Juni 1772. lautete freilich sehr allgemein dahin:

> Declariren Se. Königliche Majestät, daß überhaupt alle liegenden Gründe, sowohl bei denen Städten, als auch des platten Landes und die davon abstammende Nutzungen, Hebungen, Provenues als steuerbar angesehen und zur Contribution gezogen werden sollen, sie mögen Dero Eigene Domainen-Güter und Renthei-Revenues, oder aber

auch Bischöflich, denen vom Adel, Stifter und Klöster oder anderen Geistlichen und Weltlichen zustehen und gehören, mithin nichts davon befreit oder ausgeschlossen werden soll.

Indessen bemerken dabei doch schon Schimmelpfennig, Die preußischen directen Steuern, 1843. Thl. I. S. 161., und v. Vegesack, Westpreußisches Provinzial Recht, Bd. II. S. 385.:

„Der Grundsatz der Besteuerung ohne alle Ausnahme ist wesentlich beschränkt worden, denn die Domainen und was vom Domainen-Fiscus sonst eingezogen, sind nicht zum Cataster gebracht worden;"

sowie denn auch für die Preußen verbliebenen Provinzen und Landestheile erst das Edict vom 27. October 1810., in Folge des Krieges vom Jahre 1807. und zur Aufbringung der an Frankreich zu entrichtenden Kriegs-Contribution die Absicht aussprach:

Die bis jetzt von der Grundsteuer befreit gebliebenen Grundstücke sollen (also) ohne Ausnahme damit belegt werden. und Wir wollen, daß es auch in Absicht auf Unsere Eigenen Dominial-Besitzungen geschehe. (Ges.-S. 1810. S. 26.)

Ein Grundsatz, den der §. 5. des Gesetzes über die Einrichtung des Abgabenwesens, vom 30. Mai 1820. (G.-S. 1820. S. 135.) sodann dahin anerkannte: „Die Domainen-Grundstücke und Forsten sind steuerpflichtig."

Jene, im Jahre 1804. für die Königlichen Domainen überhaupt, und somit auch für das Königliche Domainen-Vorwerk Skempe factisch bestehende, Immunität hat durch die Worte: „frei von Contribution" offenbar nur bezeichnet und anerkannt werden sollen. Daß in dieser Bemerkung keine solche Befreiung, wie die Kläger sie

daraus herleiten wollen, hat gewährleistet werden sollen, ergiebt zugleich der §. 2., nach welchem die Erbpächter sich verbindlich machen, nicht blos den gedachten Canon, die gewöhnlichen Trinkgelder, das Schutzgeld, die nöthige Fourage, Festungsbauten, Vorspann u. s. w. zu zahlen und zu leisten, sondern auch „überhaupt alle Abgaben und Prästationen zu tragen, die etwa künftig als allgemeine Landes-Lasten ihnen auferlegt werden müßten."

Unter diesen Umständen und bei der Allgemeinheit des Vorbehaltes, erscheint eine nähere Erörterung der Frage müßig: ob man im Jahre 1804. an eine allgemeine Grundsteuer, wie sie das neuere Gesetz vom 21. Mai 1861. geregelt hat, gedacht haben möchte. Aber auch, abgesehen von diesem speciellen Grunde, erscheint ebenfalls der Umstand entscheidend, daß beim Erscheinen des Gesetzes vom 21. Mai 1861. die Grundstücke der Kläger weder rechtlich, noch thatsächlich von der Grundsteuer befreit, sondern mit der Rauchfangsteuer, d. h. der landesüblichen Grundsteuer, belegt waren. Die Grundsteuer-Entschädigungs-Commission bemerkt in ihrer vorläufigen Entscheidung vom 16. Mai 1867., daß die Erbpachtsgüter der Kläger beim Erscheinen des Gesetzes vom 21. Mai 1861. auch nicht einmal thatsächlich grundsteuerfrei gewesen seien, vielmehr der, durch die Herzoglich Warschau'schen Finanzgesetze vom 24. März 1809. und 23. Dezember 1811. bei Aufhebung der bis dahin erhobenen Contribution, unter dem Namen Rauchfangsteuer (Podymne) eingeführten landesüblichen, Grundsteuer unterlegen hätten, und mithin die für die Güter in dem Erbpachtsvertrage vom 8. Mai 1804. zugesagte Freiheit von der Contribution auf gesetzlichem Wege wieder aufgehoben sei. Dieser Ausführung muß unbedingt beigepflichtet werden. Die gedach-

ten beiden Abgaben=Gesetze vom 24. März 1809. und 23. Dezember 1811., welche ganz allgemein, namentlich auch für die ehemals westpreußischen Kreise, und ohne alle Exemtionen, anordnen, daß zur alten Abgabe der Rauchfangsgelder die Dorfs=Rauchfänge der Hauländer, Eigenthümer von Bauerngütern und anderen kleinen Rustical=Besitzungen, Colonisten und Zinsleute herangezogen werden sollten, finden sich in v. Vegesack's Westpreußischem Provinzial=Rechte Bd. II. S. 409. und 410. abgedruckt; ebendaselbst wird auch noch eine Instruction des Schatz=Ministers vom 15. Januar 1810. in Bezug genommen, welche für die durch den Tilsiter Frieden zum Herzogthume Warschau gekommenen westpreußischen Landestheile die Höhe dieser Rauchfangsteuer besonders regelte und dabei namentlich auch der auf Erbpacht ausgethanenen Königlichen Domainen=Güter gedachte. „Diese erhöhete Rauchfangsteuer" — so fügt v. Vegesack a. a. O. S. 410.*) ausdrücklich hinzu — „ist in dem Herzoglichen Landestheile, welchen der westpreußische Antheil bildete, durchgängig eingeführt und nach der Preußischen Reoccupation geblieben." Dies bestätigen die auf diese Angelegenheit bezüglichen provinzialständischen Landtags=Verhandlungen. In einer Schrift vom 20. December 1824. hatten die Stände um Aufhebung der im Culm= und Michelau'schen Kreise noch bestehenden Offiara und Podymne und um Wiedereinführung

---

*) Es mag dahin gestellt bleiben, ob in den gedachten Kreisen wirklich die erhöhete Rauchfangsteuer nach den höheren Sätzen des Gesetzes vom 21. März 1809. eingeführt ist. Dies scheint Schimmelpfennig in der dritten Auflage seines gedachten Werkes Thl. I. S. 407. 408. allerdings zu bezweifeln; daß aber die dortigen Grundstücke überhaupt mit der Rauchfangsteuer — Podymne — belegt worden sind — und darauf allein kommt es hier an — erkennt auch Schimmelpfennig a. a. O. S. 402. ganz bestimmt an.

der in Stelle jener Abgaben früher bestandenen altpreußischen Contribution gebeten. Die Landtags-Abschiede vom 17. August 1825., resp. vom 3. Mai 1832. sagten den Ständen zu, daß dieses Gesuch in nähere Erwägung genommen werden solle, und eröffneten ihnen, daß der Finanz-Minister angewiesen wäre, den Plan zur Ausführung dieser Abänderung des dortigen Steuerwesens und die Vorschläge zu den etwa dabei nothwendigen Modificationen vorzulegen. Die Sache hat auf diesem Wege indessen keinen Austrag gefunden, vielmehr gab der Landtags-Abschied vom 30. December 1843. den Ständen zu erkennen:

„Wie Unseren getreuen Ständen in dem Landtags-Abschiede vom 31. December 1834. ad II. 32. mitgetheilt worden, ist damals der Entwurf einer Verordnung wegen der Aufhebung der Offiara und Podymne in dem Landestheile der Provinz Preußen, welcher eine Zeitlang zu dem Herzogthume Warschau gehört hat, und wegen Wiedereinführung der vor 1806. daselbst bestandenen Contributions-Verfassung, den betheiligten Kreisständen, um sich zu erklären, vorgelegt worden: ob diese Veränderung ihrem Wunsche und ihrer Absicht gemäß sei, indem ihnen zugleich eröffnet wurde, daß entweder die bestehende Einrichtung beibehalten, oder die frühere Verfassung unverändert und ohne Ausnahme hergestellt werden müsse. Die Kreisstände haben sich indessen gegen eine wesentliche Veränderung der bestehenden Besteuerung erklärt und gebeten, die Offiara und Podymne in unverändertem Betrage, unter dem Namen der Contribution, forterheben zu lassen. Da gleichzeitig in der Provinz Posen eine verbesserte Regulirung der Offiara und Podymne vorbereitet wurde, so lag keine Veranlassung vor, wegen der genannten Kreise besondere Anordnungen zu treffen;

es wird aber das, wegen Regulirung der Grundsteuer-Verhältnisse in Unserem Großherzogthume Posen vorbereitete Gesetz nunmehr binnen Kurzem erlassen werden können, und dann in Erwägung gezogen werden, ob solches auf die bezeichneten Gebiete der Provinz Preußen, nach Anhörung der betheiligten Kreisstände, auszudehnen sei. — v. Vegesack, a. a. O. S. 60. 97. 155.

Die angekündigte Verordnung über die anderweite Regulirung der Grundsteuer in der Provinz Posen ist unterm 14. October 1844. — (Ges.-S. 1844. S. 601. ff.) — wirklich ergangen; sie ist jedoch auf die, in einer ähnlichen Lage sich befindenden, Kreise von Westpreußen bisher nicht ausgedehnt worden. Aus dieser Darstellung der Sache widerlegt sich Alles das, was die Kläger für die Unanwendbarkeit jener Warschau'schen Finanzgesetze aus der Behauptung herleiten wollen: der Preußische Staat habe jene Landestheile im Jahre 1815. nicht als neueroberte Gebiete in Besitz genommen, sondern einfach ex jure postliminii reoccupirt. Grade, in Folge jener Warschau'schen Finanzgesetze und auf Grund derselben, ist den Erbpächtern zu Neu-Skompe eine jährliche Rauchfangsteuer von 15. Thlrn. auferlegt und es ist dieselbe von ihnen auch bis zum 1. Januar 1865., d. h. bis zur Einführung der neuen allgemeinen Grundsteuer entrichtet worden. Diese Rauchfangsteuer, sowie die Offiara, bezeichnet der §. 9. des Entschädigungs-Gesetzes vom 21. Mai 1861. sub Nr. 18. ausdrücklich als die landesübliche Grundsteuer in den ehemals Herzoglich Warschau'schen Landestheilen.

Früher ist viel darüber gestritten, ob diese Rauchfangsteuer von den Domainen-Erbpächtern aus eigenen Mitteln zu zahlen, oder, vermöge ihrer Natur als Grundsteuer, von

dem Erbverpächter, als Substanz-Eigenthümer, schließlich zu tragen und jenen also von dem Fiscus durch Erlaß eines gleichen Betrages des Erbpachts-Canons zu vergüten sei? und es ist damals wiederholt im Sinne der letzteren Alternative rechtskräftig erkannt worden. Der Verklagte wendet indessen mit Recht ein, daß diese ganze Unterscheidung und der darauf gegründete Streit doch nur eine rechtliche Grundlage und Bedeutung gehabt, weil und so lange die Erbpachtsgerechtigkeit, d. h. das vollständige erbliche Nutzungsrecht einer fremden Sache — §. 187. Thl. I. Tit. 21. des A. L.-R. — von der Proprietät noch getrennt gewesen und beide sich im Besitze verschiedener Rechtssubjecte befunden; und die Revidenten erkennen selbst an, daß hierin das wesentlichste Moment der Entscheidung liege. Diese Trennung hat bereits mit der Emanation des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850. aufgehört, durch dessen §. 2. zu 2. ist namentlich das Eigenthumsrecht des Erbverpächters ohne Entschädigung aufgehoben, der Erbpächter hat mit dem Tage der Rechtskraft des gedachten Gesetzes und lediglich auf Grund desselben das volle Eigenthum erlangt. Selbstverständlich und nach der Natur der Sache, konnte dieser Eigenthums-Uebergang auf den Erbpächter immer nur in dem Umfange und namentlich auch nur mit den Lasten erfolgen, die bisher gesetzlich dem Erbverpächter als Eigenthümer obgelegen hatten; und in Beziehung auf die Dominial-Schullasten ist dies in dem diesseitigen Erkenntnisse vom 24. Juni 1857. ausdrücklich anerkannt und näher ausgeführt. — (Entsch. Bd. 36. S. 153.)

Ohne Grund berufen sich die Revidenten für die entgegengesetzte Ansicht

1. auf den Plenar-Beschluß vom 31. October 1842. und
2. auf ein Präjudicat vom 25. Juni 1867.

Ersterer ist zu dem Gesetze über die den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse und über die Realberechtigungen in den Landestheilen, welche zu dem ehemaligen Großherzogthume Berg eine Zeit lang gehört haben, vom 21. April 1825. — (Ges.=S. 1825. S. 94. ff.) — ergangen, und lautet dahin:

Die vertragsmäßige Verpflichtung des Erbverpächters zur Entrichtung der auf der Sache haftenden Abgaben ist auch, nach der Verkündigung des Gesetzes vom 21. April 1815., ohne Rücksicht auf die durch dieses Gesetz zum Besten des Erbpächters stattgefundene Verwandelung der Erbpachtsgerechtigkeit in volles Eigenthum an dem Grundstücke, für fortbestehend zu erachten. (Entsch. Bd. 8. S. 180.)

Ganz abgesehen davon, daß die Gründe dieses Plenar-Beschlusses an ihrer Spitze die Bemerkung tragen: Die Beantwortung der vorgelegten Frage ist zweifelhaft; — S. 183. — und daß hier nicht auf das Special=Gesetz vom 21. April 1825. zu recurriren ist, vielmehr das allgemeine Gesetz vom 2. März 1850. die Norm der Entscheidung abgiebt, so unterscheidet sich doch auch die dort entschiedene Frage thatsächlich insofern wesentlich von dem hier vorliegenden Falle, als es sich dort um die vertragsmäßige Verpflichtung des Erbverpächters zur Entrichtung der auf der Sache haftenden Abgaben handelte. Contractlich aber hat hier der Domainen=Fiscus, den Erbpächtern gegenüber, die Verpflichtung zur Entrichtung der Rauchfangsteuer niemals übernommen; ja er konnte das in dem Erbpachtsvertrage vom 8. Mai 1804. auch nicht thun, da dieselbe erst durch die neueren Warschau'schen Finanz=Gesetze von 1809. und 1811. den Grundstücken der Kläger auferlegt ist. Den Unterschied und Gegensatz zwischen Abgaben, welche dem

ehemaligen Erbverpächter blos vermöge des Gesetzes oblagen, und solchen, zu deren Entrichtung er sich vertragsmäßig besonders verpflichtet hatte, heben die Gründe des Plenar-Beschlusses vom 31. October 1842. scharf und sehr bestimmt hervor. S. 190. heißt es:

„So stellt sich das Verhältniß ganz einfach dar, wenn es im Vertrage in Ansehung der Lasten ausdrücklich beim Gesetze belassen oder in ihm darüber nichts bestimmt wird und die allgemeine Rechtsregel dann ergänzend eintritt. Anders verhält es sich, wenn abweichend von dieser Regel der Erbverpächter im Contracte ausdrücklich die Abgaben ganz oder theilweise übernimmt."

Den Grundsatz des gedachten Plenar-Beschlusses ohne Weiteres auf die hier in Rede stehende Rauchfangsteuer, d. h. auf die in den ehemaligen Herzoglich Warschau'schen Kreisen landesübliche Grundsteuer zu extendiren, möchte aber um so weniger gerathen erscheinen, als das Gesetz vom 21. April 1825., zu welchem jener Plenar-Beschluß ergangen ist, grade in Beziehung auf die dortige Grundsteuer in den §§. 59. ff. sehr detaillirte Vorschriften enthält und namentlich den Fall besonders vorgesehen hat, wenn dem verpflichteten Grundbesitzer in einem ausdrücklichen Vertrage die ausschließliche Verbindlichkeit, die Grundsteuer zu tragen, auferlegt worden ist.

In dem Vertrage vom 21. Juli 1708., welcher der zu 2. gedachten Entscheidung vom 25. Juni 1867. — (Striethorst's, Archiv Bd. 67. S. 298.) — zum Grunde liegt, hatte die Gutsherrschaft von Reichertswalde als Erbverpächterin sich verpflichtet, Sorge zu tragen und Anstalten zu treffen, daß die mitvererbpachteten Schleusen wohl unterhalten würden und bei dem Schleusenbaue das Werk allein verrichten zu lassen, so daß der Erbpächter für seine Person

dabei nur die Zimmer-Arbeiten zu verrichten verbunden. Um das Fortbestehen dieser vertragsmäßigen Verbindlichkeit der Gutsherrschaft handelte es sich in jenem Processe, und heißt es in den Urtelsgründen S. 302.:

„Auf das Fortbestehen der contractlich übernommenen Gegenleistungen hat die durch das Gesetz vom 2. März 1850. stattgehabte Umwandelung des bestandenen vollständigen Nutzungsrechtes in volles Eigenthum keinen Einfluß, da nicht auf dem Eigenthume, sondern auf dem Vertragsverhältnisse die Verpflichtung zu jenen Gegenleistungen beruht."

Und um jeder Mißdeutung, namentlich einer irrigen Extension dieses Grundsatzes auf gesetzliche Obliegenheiten vorzubeugen, wird gleich im Eingange der Entscheidungs-Gründe — S. 301. — noch besonders bevorwortet: Die Verschiedenheit des am 24. Juni 1857. — (Entsch. Bd. 36. S. 149. ff.) — abgeurtelten Falles mit einem, wie der gegenwärtige, d. h. wie er am 25. Juni 1867. zu entscheiden war, liege auf der Hand. Abgesehen von den noch beizubehaltenden, im §. 4. des Gesetzes vom 21. Mai 1861. speciell aufgeführten Grundsteuerfreiheiten, stellt der §. 5. ebendaselbst den generellen Grundsatz auf:

Alle übrigen, bisher von der Grundsteuer befreiten Grundstücke sind vom 1. Januar 1865. ab mit zur Grundsteuer heranzuziehen.

Die Gewährung einer Entschädigung für die Aufhebung der Grundsteuer-Befreiung erfolgt nach Maßgabe des dieserhalb erlassenen Gesetzes vom heutigen Tage,

und damit in Uebereinstimmung schreibt der §. 1. des gedachten gleichzeitigen Entschädigungs-Gesetzes vor:

Für die im §. 5. des Gesetzes vom heutigen Tage

angeordnete Heranziehung bisher befreiter Grundstücke, zur Grundsteuer, wird in dem durch die §§. 2.—4. des gegenwärtigen Gesetzes bestimmten Umfange eine Entschädigung aus der Staats-Casse gewährt.

Eine solche Entschädigung in Gemäßheit des §. 2. a. a. O. fordern die Kläger im gegenwärtigen Processe; waren ihre Grundstücke aber, wie oben nachgewiesen, bei Emanation der betreffenden Gesetze vom 21. Mai 1861. von der Grundsteuer nicht befreit, wurde von denselben vielmehr eine Rauchfangsteuer, d. h. die in den ehemals Herzoglich Warschau'schen Landestheilen übliche Grundsteuer, damals bereits entrichtet, so fällt damit zugleich jeder Grund und die nothwendige gesetzliche Voraussetzung zu einer solchen Entschädigung fort; es war mithin das Appellations-Urtel auf Kosten der Revidenten zu bestätigen.

№ 31.

Alt-Vorpommern. Grundsteuerentschädigung.

Begründet der Absatz 3. Nr. 3. der Allerhöchsten Cabinets-Order vom 21. April 1835. einen Anspruch der Rittergutsbesitzer auf Entschädigung bei den von dieser Allerhöchsten Cabinets-Order betroffenen Gütern in Gemäßheit der durch das Gesetz vom 21. Mai 1861. erfolgten anderweiten Regelung der Grundsteuer?

Allerhöchste Cabinets-Order vom 21. April 1835. (Amtsblatt der Regierung zu Stettin vom Jahre 1835. S. 185.)

Gesetz, betr. die anderweite Regelung der Grundsteuer, vom 21. Mai 1861. §. 5. (G.-S. S. 255.)

In Alt-Vorpommern bestanden bis zur Emanation des Gesetzes über die Einführung des Abgabenwesens vom 30. Mai 1820. unter dem Namen: Nebenmodus und Quartalsteuer, zwei Abgaben, von denen die erstere als eine Grundabgabe von den kleinen Grundbesitzern, die letztere theils persönlicher, theils gewerblicher Natur von den nicht angesessenen kleinen Leuten entrichtet wurden. Diese Abgaben flossen seit 1752. in den ritterschaftlichen und den Stadteigenthumsdörfern der Gutsherrschaft zu.

In Folge des Abgabengesetzes von 1820. fielen der Nebenmodus und die Quartalsteuer, soweit sie persönlicher oder gewerblicher Natur waren, gänzlich fort, soweit sie grundsteuerlicher Natur waren, trat eine neue Grund- und Haussteuer an ihre Stelle. Zur weiteren Regelung jener Abgaben setzte die Allerhöchste Cabinets-Order vom 21. April 1835. Folgendes fest:

I. Die in Alt-Vorpommern unter der Benennung des Nebenmodus und der Quartalsteuer durch das Reglement vom 30. Juli 1737. normirten Abgaben dürfen fortan nicht mehr erhoben werden ꝛc.

II. Insoweit der Nebenmodus und die Quartalsteuer bisher die Stelle der Grundsteuer vertreten haben, wird, statt dieser Abgaben, vom 1. Januar 1836. auf den Grund einer von Mir zu bestätigenden Anweisung

des Finanz-Ministeriums eine besondere Grund- und Haussteuer erhoben, welche zur Staats-Casse fließt.

III. Die Gemeinden, Corporationen oder Individuen, welche den Nebenmodus oder die Quartalsteuer zur Zeit der Publication des Abgaben-Gesetzes vom 30. Mai 1820. bezogen haben, werden für den durch die Aufhebung jener Abgaben herbeigeführten Ausfall nach folgenden Grundsätzen entschädigt.

Diese Grundsätze werden unter Nr. 1. und 2. bestimmt, und heißt es dann weiter:

3. In den Orten, wo ein Theil des etatsmäßigen Grundsteuer-Einkommens bisher nicht durch Grundsteuer, sondern aus dem Ertrage des Nebenmodus und der Quartalsteuer, oder seit deren Aufhebung aus anderen Fonds gedeckt worden ist, wird das etatsmäßige Grundsteuer-Quantum bis auf den Betrag der nach den Special-Heberollen von den Grundbesitzern wirklich aufkommenden Grundsteuer ermäßigt und die Differenz zwischen dem bisherigen und dem künftigen Grundsteuer-Quantum von der nach der Bestimmung zu 2. ermittelten Entschädigungsrente abgesetzt.

4. Soweit die festgestellte Entschädigungsrente sich nicht auf diesem Wege durch Compensation gewähren läßt, wird dieselbe jährlich baar ausgezahlt, kann jedoch vom Staate jederzeit durch ein dem zwanzigfachen Betrage derselben gleichkommendes Capital abgelöst werden.

5. Die Festsetzung der sowohl für die Zukunft, als für die Vergangenheit zu gewährenden Entschädigung erfolgt auf dem Verwaltungswege, mit Ausschließung des gerichtlichen Verfahrens.

Der Kläger, Besitzer des in Alt-Vorpommern belegenen Rittergutes R., erhob, nach der anderweiten Regulirung der Grundsteuer in Gemäßheit des Gesetzes vom 21. Mai 1861., den Anspruch auf Abrechnung desjenigen Betrages, um welchen die Grundsteuer nach der Allerhöchsten Cabinets-Order vom 21. April 1835. unter III. 3. ehedem ermäßigt worden war. Die Regierung erkannte diesen Anspruch nicht für richtig an, zog vielmehr die neu ermittelte Grundsteuer von dem Kläger im vollen Betrage ein.

In Folge dessen erhob Kläger im Wege Rechtens den Antrag:

> den Fiscus zur alljährlichen Zahlung der gedachten Rente für die Zukunft und zur Erstattung des für die Vergangenheit bereits gezahlten Rentenbetrages zu verurtheilen.

Verklagter widersprach dem Klage-Antrage, indem er den Einwand entgegenstellte, daß die Allerhöchste Cabinets-Order vom 21. April 1835. zu III. 3. die dauernde Aufhebung der fraglichen Entschädigungsrente der auf dem berechtigten Gute lastenden Grundsteuer dergestalt verordnet habe, daß dieser Grundsteuer-Betrag als für immer beseitigt anzusehen sei. Das Kreisgericht zu Stettin jedoch erkannte am 6. October 1869. im Wesentlichen nach dem Antrage des Klägers und diese Entscheidung wurde von dem Appellations-Gerichte daselbst auf die Appellation des Verklagten durch das Urtel vom 12. März 1870. bestätigt. Nunmehr legte Verklagter die Nichtigkeits-Beschwerde ein, indem er Verletzung des §. 143. Tit. 16. Thl. I. des A. L.-R. und der Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 21. April 1835. rügte. Der zweite Senat des Ober-Tribunals hat auch mittelst Entscheidung vom 29. November 1870. und 24. Januar 1871., unter Vernich-

tung des Appellations-Erkenntnisses und Abänderung der ersten Entscheidung, erkannt, daß Kläger mit seinem Klage-Antrage abzuweisen.

Gründe.

1. Nach der Ansicht des Appellations-Richters kommt es allein darauf an: ob durch die Allerhöchste Cabinets-Order vom 21. April 1835. die Aufhebung des Grundstockes der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten durch Anrechnung angeordnet ist. Die Beschuldigung des Verklagten aber, daß der Appellations-Richter durch seine Entscheidung den §. 343. l. c. deshalb verletzt habe, weil diese Vorschrift von ihm unrichtig angewendet worden, trifft aus dem zwiefachen Grunde nicht zu, weil der Richter seinen Anspruch auf die im §. 343. l. c. gegebene Festsetzung nicht gründet und weil die von ihm adoptirte Auslegung derselben mit dem wahren Sinne des Gesetzes sich im Einklange befindet.

2. Die weitere Beschuldigung des Verklagten besteht in der Behauptung, daß der Appellations-Richter auch die Cabinets-Order vom 21. April 1835. durch unrichtige Anwendung verletzt habe, indem er vermeint, daß durch den Passus zu III. 3. ein Erlöschen der Entschädigungs-Verbindlichkeit in dem Umfange stattgefunden habe, als die Grundsteuer der Steuerpflichtigen ermäßigt worden. In der schon entschiedenen, gleichartigen Sache, M. und U., wider den Fiscus ist der hierauf gerichtete Angriff des Imploranten verworfen worden. Es ist auch nicht zu leugnen, daß die Auslegung der Allerhöchsten Cabinets-Order in ihrer Fassung, zumal bei dem gebrauchten Ausdrucke „Compensation", nicht unerhebliche Zweifel finden kann, um eine der Ansicht des Verklagten

entgegen stehende Deutung zu gewinnen. Allein der in dieser Sache von dem Fiscus beigebrachte Bericht des Staats-Ministeriums vom 7. April 1835. an Se. Majestät den König gewährt einen derartigen näheren Einblick in das der Auslegung bedürftige Gesetz, daß es nothwendig erschien, auf die demselben vorangegangenen Materialien zurückzugehen. Diese sind vom Staats-Ministerium avocirt worden und ergeben Folgendes:

Ehedem wurden in Alt-Vorpommern die Bedürfnisse des Landes durch eine von den bäuerlichen Hufenbesitzern auf dem platten Lande zu entrichtende Grundsteuer aufgebracht, welche durch Vermittelung der Gutsherrschaften und der im Besitze von Eigenthumsdörfern befindlichen Städte an den Staat abgeführt wurde. Bei der Existenz dieser alleinigen Steuer blieben die kleineren Grundbesitzer, welche der Geringfügigkeit ihres Besitzes wegen zu der Hufensteuer nicht herangezogen wurden, so wie die losen Leute und Gewerbetreibenden steuerfrei. Um diese Ungleichheit in einiger Art zu beseitigen, wurde im Jahre 1672. eine jene drei Classen betreffende Steuer unter dem Namen: Nebenmodus und Quartal-Personen-Steuer eingeführt. Diese Steuer, welche späterhin durch ein am 10. Juli 1737. erschienenes Reglement normirt wurde, sollte, von der Bestreitung gewisser unbeträchtlicher Nebenkosten abgesehen, hauptsächlich zur Sublevation der ordinairen Contribution verwendet werden. Die Steuer wurde in einer besonderen Casse gesammelt und demnächst an den Staat abgeführt. Die Erleichterung auf die Grundsteuer erstreckte sich nicht auf die Beträge, welche die speciellen Güter an Nebenmodus und Quartalsteuer aufgebracht hatten, sondern wurde auf das ganze Contingent generaliter verrechnet. In der Mitte des vorigen Jahrhunderts aber glaubte man, die

Wahrnehmung zu machen, daß sich in Altpommern die Zahl der kleinen Leute nicht in dem Verhältnisse mehre, wie dies in Hinterpommern und Neu-Vorpommern der Fall war. Man hielt die Quartalsteuer und den Nebenmodus für eine der wesentlichsten Ursachen dieser Erscheinung. Se. Majestät der König Friedrich II. machte deshalb am 16. Juni 1752. den Ständen in Altpommern einen Vorschlag, nach welchem diese Steuern dergestalt aufgehoben werden sollten, „daß die Contribution unter einem Titel und damit zugleich alle anderen Abgaben von den Hufen aufgebracht, der Nebenmodus und die Quartalsteuer, so anhero zur Sublevation der Contribution ad cassam generalem geflossen, hingegen nach dem hinterpommerschen Fuß singulis privatis gelassen und zur Sublevation der Contribution jeden Ortes, wie solche gegenwärtig gehoben wird, angewendet würde." Nach verschiedenen Unterhandlungen mit den Ständen kam auch eine derartige Einrichtung zu Stande. Vom 1. October 1752. ab zogen die Gutsherrschaften die zur Sublevation der Hufensteuerpflichtigen bestimmten Steuern ein. Das Contingent der Hufensteuer aber wurde um den Betrag erhöhet, welcher damals als Quartalsteuer und Nebenmodus an den Staat zu entrichten war. Hierdurch wurde die Hufensteuer damals um den Hauptbetrag von 4681. Thlrn. und die Steuer der einzelnen Hufe von durchschnittlich 14½. Thlrn. bis 15. Thlr. auf 17. Thlr. gesteigert. So blieb der rechtliche Zustand bis zu dem Erscheinen des Gesetzes vom 30. Mai 1820. Nach Inhalt desselben sollten in Zukunft (cfr. §. 9. zu D.) alle Abgaben, die, ihrer damaligen Natur nach, zu den Consumtions-, persönlichen oder Gewerbe-Steuern zu rechnen seien, hinwegfallen. Das Finanz-Ministerium gab in Folge dessen der Regierung zu Stettin auf, den Neben-

modus und die Qartalsteuer insoweit in Wegfall zu bringen, als persönliche oder Nahrungs-Abgaben darin enthalten wären. Diese Anordnung rief schon im Jahre 1824. bei den pommerschen Landständen einen Entschädigungs-Anspruch hervor, welcher nach dem Willen Sr. Majestät des Königs Friedrich Wilhelm III. bei dem gesammten Staats-Ministerium zur Berathung gebracht wurde, welche Berathung das Endresultat hatte, daß das Staats-Ministerium in der Plenar-Sitzung vom 10. März 1835. die in einer umfassenden Denkschrift niedergelegten und motivirten Vorschläge des Finanz-Ministeriums annahm und den darnach angefertigten Gesetzes-Entwurf mit dem motivirenden Berichte vom 7. April 1835. Sr. Majestät einreichte. Dieser Entwurf, obgleich mit anderer Nummerirung der Sätze, ist demnächst am 21. April 1835. zum Gesetze erhoben.

Nach jenen Materialien war von den Ständen behauptet, daß die Steuern zum Theil auch als Gegenleistung für von den Gutsherrschaften gewährte Realitäten entrichtet seien. Man erkannte an, daß die Steuern insoweit nicht aufgehoben seien, vielmehr fortbeständen und mithin von dem zu entschädigenden Gesammtbetrage abzusetzen seien. Hierauf beziehet sich der Passus der Order und die Absetzung dieses Betrages nach dem Passus III. Nr. 2.

Es wurde ferner angenommen, daß die Steuern, soweit sie persönliche und gewerbliche Abgaben enthielten, von den Steuerpflichtigen in Zukunft nicht zu zahlen seien, hierfür aber den bisher Berechtigten eine Entschädigung zu leisten sei. — Soweit die Steuern aber eine Grundsteuer umschlossen, waren sie zwar von dem Gesetze nicht berührt worden. Den Gutsherrschaften wurde jedoch auch dieser Theil der Steuern entzogen. Derselbe sollte fernerhin als Grund- und Haus-

steuer an den Staat gezahlt werden. Dies geschah deshalb, weil die Entschädigung dadurch erleichtert wurde und weil man für die Auferlegung der neuen Grund- und Haussteuer in dem Reglement vom 10. Juli 1737. eine bestehende gesetzliche Grundlage hatte. Darauf bezieht sich der Passus III. der Order.

Hiernach aber sollte auch für diesen Theil Entschädigung geleistet werden.

Zu einer weitläuftigen Erörterung hatte die Frage geführt, wem eigentlich die Entschädigung gebühre. Es wurde erwogen:

1. daß die Steuern, ihrer Bestimmung nach, zur Sublevation der Hufensteuern hatten dienen sollen und daß danach nicht den Gutsherrschaften, sondern den Besitzern der steuerpflichtigen Hufen die Entschädigung zu Gute kommen müsse.

Dagegen wurde aber

2. geltend gemacht, daß auch den Hufenbesitzern ein unbedingtes Recht auf diese Steuern nicht eingeräumt sei, und
3. daß, nach der in Pommern bestandenen Verfassung, die Gutsherren ihre Bauern mit Diensten und Abgaben hätten belasten können, wofern die Bauern nur dadurch nicht außer Nahrungsstand gesetzt würden. Es könne mithin auch wohl für die Gutsherrschaften ein Anspruch auf Entschädigung gerechtfertigt werden.

In Folge dieser Erwägungen beschloß man, den Rechtspunkt ganz bei Seite zu setzen und die Entschädigung lediglich nach dem Besitzstande zur Zeit der Publication des Gesetzes vom 30. Mai 1820. zu gewähren. (Passus III. der Order im Eingange.)

Hieraus ergab sich:

a) daß gar keine Entschädigung zu geben war, wo die Steuer zur Zeit der Publication des Gesetzes bereits in Wegfall gekommen war;
b) daß, soweit die Steuer verwendet war, um damit einen Theil der Hufensteuer zu decken, dieser, — nach den Special-Heberollen der einzelnen Steuerpflichtigen von denselben nicht gezahlte, — Betrag den Steuerpflichtigen zu entschädigen war; und endlich
c) daß der überschießende Theil und, soweit überhaupt die Steuern nach dem Besitzstande zur theilweisen Deckung der Hufensteuer nicht verwendet worden, den Erhebern, den Gutsherrschaften, gebührte.

Unter III. des Gesetzes wird nun Bestimmung getroffen:
1. über die Ermittelung der Entschädigungssumme, und
2. über deren Entrichtung.

Zu 1. geschah die Feststellung nach einem dreijährigen Durchschnitte und mit Aussonderung des Aequivalentes für Realitäten (III. 2.). Nunmehr kam es auf Zahlung der Entschädigungssumme an. Soweit diese, nach dem obigen Grundsatze zu b., den Besitzern der steuerpflichtigen Hufen zu statten kam, verordnet das Gesetz unter III. 3.:

„In den Orten, wo ein Theil des etatsmäßigen Grundsteuer-Einkommens bisher nicht durch Grundsteuer, sondern aus dem Ertrage des Nebenmodus und der Quartalsteuer oder seit deren Aufhebung aus anderen Fonds gedeckt worden ist, wird das etatsmäßige Grundsteuer-Quantum bis auf den Betrag der, nach den Special-Heberollen von den einzelnen Grundbesitzern wirklich aufkommenden, Grundsteuer ermäßigt und die Differenz zwischen den bisherigen und dem künftigen Quantum von der nach der Bestimmung zu 2. ermittelten Entschädigungsrente abgesetzt."

Es erhellt hiermit klar, daß die Gutsherrschaften, als solche, auf diesen Theil der Entschädigung keinen Anspruch haben sollten; denn von der Entschädigungssumme wurde dieser Theil abgesetzt. Es ergiebt sich aber auch ferner, daß dieser, den steuerpflichtigen Grundbesitzern zukommende, Theil denselben ein für allemal dadurch gewährt wurde, daß die zu entrichtende Grundsteuer für alle Zukunft um ebensoviel ermäßigt wurde. Die entgegenstehende Auslegung des zweiten Richters erweist sich hiernach als rechtsirrthümlich, weshalb das Appellations-Erkenntniß zu vernichten, aber auch in der Sache selbst auf Abweisung der Klage zu erkennen war.

№ 32.

Stempelfreiheit der Kauf- und Tauschverhandlungen zwischen Erben und Erbschaftskäufern.

Kommt die, den Kauf- und Tauschverhandlungen, welche zwischen den Theilnehmern einer Erbschaft zum Zwecke der Theilung abgeschlossen werden, zustehende, Befreiung von der Stempelabgabe auch den, an die Stelle der eigentlichen Erben getretenen, Erbschaftskäufern zu Statten?

Allerh. Cabinets-Order vom 21. Juni 1844. (Ges.-S. S. 253).

Die obige Frage ist in der Sache der Kaufleute B. und Genossen wider die Salarien-Cassen-Verwaltung des Kreisgerichtes zu Rosenberg erörtert und von dem Kreis-

gerichte zu Rosenberg, sowie von dem Appellations-Gerichte zu Marienwerder in den Erkenntnissen vom 11. März, und vom 19. Dezember 1870., bejaht worden, auch die von der verklagten Salarien-Cassen-Verwaltung gegen das Appellations-Urtel noch eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde von dem ersten Senate des Ober-Tribunals am 15. September 1871. zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Die Kläger fordern im gegenwärtigen Processe auf Grund der Allerh. Cabinets-Order vom 21. Juni 1844., betreffend die Aufhebung des Werthstempels für die Uebernahme von Nachlaßgegenständen bei Auseinandersetzungen zwischen mehreren Erben, Stempelbeträge, zu deren Zahlung sie aufgefordert worden sind, zurück, resp. Befreiung von weiterer Zahlung derselben, weil sie zu deren Entrichtung nicht verpflichtet zu sein vermeinen, und in den früheren Instanzen ist die verklagte Casse für schuldig erachtet: anzuerkennen, daß zu dem am 19. Februar 1868. bei den Grundacten von R. zwischen den Klägern und den Sch . .'schen Testaments-Executoren geschlossenen Vertrage, abgesehen von dem Receßstempel, keine weitere Stempelabgabe zu entrichten, und demnach Verklagte schuldig, von der Einforderung des Werthstempels von 2860. Thlrn. 20. Sgr. Abstand zu nehmen, und denselben, soweit er inzwischen von den Klägern bezahlt ist, zurückzuzahlen.

Die Kläger gehören nicht unmittelbar zu den Testamentserben der Gutsbesitzer Sch . .'schen Eheleute; sie haben aber die Erbrechte einer großen Anzahl dieser Erben mittelst verschiedener Erbschaftskäufe an sich gebracht. Es fragt sich zunächst, ob sie dessen ungeachtet die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 21. Juni 1844., welche, soweit deren Inhalt hier in Betracht kommt, dahin lautet:

„Da der gesteigerte Ertrag der Stempelsteuer eine Erleichterung der Erbschafts-Theilungen gestattet, so bestimme Ich — unter Aufhebung der Order vom 24. December 1834. — (Ges.-S. 1835. S. 3): daß Kauf- und Tauschverhandlungen, welche zwischen den Theilnehmern an einer Erbschaft, zum Zwecke der Theilung der zu letzterer gehörigen Gegenstände abgeschlossen werden, einer Stempelabgabe fortan nicht mehr unterliegen sollen,"

für sich in Anspruch nehmen können? Der Appellations-Richter sieht dies bei der Bestimmung des §. 456. Thl. I. Tit. 11. des A. L.-R., welcher aus dem §. 454.:

Bei einem wirklichen Erbschaftskaufe tritt der Käufer in alle Rechte und Pflichten der Erben,

die weitere Consequenz zieht:

Die Sache wird daher so genommen, als wenn die Erbschaft sogleich dem Käufer, und nicht dem Verkäufer, angefallen wäre,

für unzweifelhaft an. Die Nichtigkeits-Beschwerde dagegen will unter den „Theilnehmern an einer Erbschaft" nur die wirklichen Erben verstehen und wirft deshalb dem Appellations-Richter vor: er gebe dem §. 456. l. c. eine zuweit greifende Bedeutung und verletze die Allerh. Cabinets-Order vom 21. Juni 1844.

Dieser Vorwurf ist indessen nicht gerechtfertigt. Schon in dem ursprünglichen §. 10. des Stempelsteuergesetzes vom 7. März 1822. wird von Kauf- und Tauschverhandlungen zwischen „Theilnehmern bei einer Erbschaft" gesprochen. Dieser §. 10. ward freilich durch die Allerhöchste Cabinets-Order vom 24. Dezember 1834. aufgehoben, welche den zu entrichtenden Werthstempel anderweitig regulirte, wenn unter mehreren „Erben" eine Auseinandersetzung erfolgte; indessen ist diese Vorschrift durch die neuere, noch jetzt geltende

Cabinets-Order vom 21. Juni 1844. wiederum aufgehoben, und wenn nun in der letzteren abermals, statt des Wortes „Erben", die allgemeinere und dehnsamere Bezeichnung „Theilnehmer an einer Erbschaft" gewählt und wiederhergestellt ist, so berechtigt dieser Wortlaut zu einer so restrictiven Auslegung und Anwendung, wie sie die Nichtigkeitsbeschwerde behauptet, gewiß nicht. Aber auch der im Eingange der Allerhöchsten Cabinets-Order ausdrücklich angegebene Zweck derselben: „die Erleichterung der Erbschafts-Theilungen," widerspricht einer derartigen beschränkenden Unterscheidung. Tritt der Erbschaftskäufer in alle Rechte und Pflichten des Erben, — §. 454. l. c. — so kann er nicht blos selbst auf Erbtheilung antragen (§. 117. Thl. I. Tit. 17. des A. L.-R.), sondern er muß umgekehrt auch seiner Seits auf eine solche, wenn sie von den übrigen Miterben nachgesucht wird, sich einlassen. Sollen die Erbtheilungen, nach dem erklärten Zwecke des Gesetzgebers, durch die bewilligte Freiheit vom Procentstempel erleichtert werden, so liegt kein ersichtlicher Grund vor, diese Wohlthat da auszuschließen, wo neben den übrigen ursprünglichen Miterben durch einen Erbschaftskauf ein Fremder in den Kreis der Gleichberechtigten und Miteigenthümer eingetreten ist, also in einem Falle, wo grade eine baldige Aufhebung der Gemeinschaft, d. h. eben die Theilung, um so wünschenswerther erscheinen wird. Den Worten, wie dem Sinne nach, hat die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 21. Juni 1844. nicht bestimmte Personen, namentlich die unmittelbaren Erben besonders begünstigen, sondern die Erbschafts-Theilungen, also das Geschäft objectiv, erleichtern wollen.

Es ist ferner nicht richtig, wenn die Verklagte meint, der §. 456. l. c. regulire nur das Verhältniß zwischen dem Erbschaftskäufer und dem Erbschaftsverkäufer, und wenn sie

dies namentlich aus der Stellung der §§. 454. und 456. herleitet. Dieselben befinden sich unter der Rubrik:

Was unter einem Erbschaftskaufe begriffen sei, oder nicht;

und der Gegensatz dieses Marginales zu dem folgenden: (zu den §§. 462.—472.)

Verhältnisse in Ansehung der Legatarien, Gläubiger und Schuldner;

führt deutlich darauf hin, in den §§. 454. und 456. auch das Verhältniß des Erbschaftskäufers zu den übrigen Miterben geordnet zu sehen, worüber sonst gar keine Bestimmungen vorhanden sein würden, während es doch in der That sehr nahe gelegen haben dürfte, auch hierüber besondere Anordnungen zu treffen. Ohne zutreffenden Grund beruft die Verklagte sich für ihre Auffassung auf den §. 462.:

Das Recht der Erbschaftsgläubiger und Legatarien wird durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert;

und den §. 463.:

Es steht denselben frei, sich ihrer Befriedigung halber an den Käufer der Erbschaft, oder an den Erben selbst zu halten.

Die Vorschrift des §. 462. ist nur ein Ausfluß und eine specielle Anwendung des allgemeinen Grundsatzes: daß Verträge nur unter den Contrahenten selbst Rechte und Pflichten erzeugen, daß aber durch dieselben wohl erworbene Rechte Dritter niemals ohne Weiteres beeinträchtigt werden können; wie denn auf diese Weise namentlich dem Gläubiger, ohne seine Einwilligung, statt des ursprünglichen Schuldners, nicht ein anderer Schuldner obtrudirt werden darf. Es ist damit nur dasselbe Princip zur Geltung gebracht, welches in Beziehung auf die Aus-

einandersetzung geschiedener Ehegatten, welche in Gütergemeinschaft gelebt haben, der §. 757. Thl. II. Tit. 1. des A. L.-R. dahin ausspricht:

Doch werden durch diese Auseinandersetzung die Rechte der Gläubiger in Ansehung des gemeinschaftlich gewesenen Vermögens in nichts geändert.

Die erste Alternative des §. 463.: daß den Gläubigern freisteht, sich ihrer Befriedigung halber an den Käufer der Erbschaft zu halten, bestätigt aber vielmehr die hier vertheidigte Auffassung des §. 456. indirect insofern, als der juristische Grund zu einer solchen Berechtigung der Gläubiger eben nur darin gefunden werden kann, daß bei einem wirklichen Erbschaftskaufe der Käufer, mit welchem die Gläubiger an sich und sonst in gar keinem Rechtsverhältnisse stehen würden, wie in alle Rechte, so auch in alle Pflichten des Erben tritt.

Der §. 64. Thl. I. Tit. 17 des A. L.-R. ermächtigt zwar einen Miterben, sein Miteigenthum auch an einen Fremden abzutreten, doch haben zufolge des §. 65. auch in diesem Falle die übrigen Interessenten das Vorkaufsrecht, nach den in den §§. 61. und 62. enthaltenen Bestimmungen; und in dem diesseitigen Präjudicate vom 31. October 1856. (Entscheidungen Bd. 34. S. 146.) ist ausgeführt, daß dieses, den Betheiligten vorbehaltene, Vorkaufsrecht nicht nur bei Kaufgeschäften über einzelne bestimmte körperliche Sachen, sondern auch dann statt findet, wenn einer von mehreren Miterben sein Erbschaftsrecht, d. h. seine Erbquote, mittelst Erbschafts-Kaufvertrages an einen Fremden, veräußert hat. Es ist aber nicht richtig, wenn die Nichtigkeits-Beschwerde meint: dies Vorkaufsrecht der Miterben würde, dem Erbschaftskäufer gegenüber, nicht denkbar sein, wenn der Letztere als unmittelbarer Erbe in Betracht käme. Aller-

dings tritt der Erbschaftskäufer in alle Rechte und Pflichten des Erben. — §. 454. a. a. O. — Der im §. 456. gewählte Ausdruck, „die Sache wird daher so genommen, als wenn“ die Erbschaft sogleich dem Käufer und nicht dem Verkäufer angefallen wäre, ergiebt indessen deutlich, daß damit doch nur der letzte schließliche Erfolg, die rechtlichen Wirkungen eines Erbschaftskaufs haben bezeichnet werden sollen. Die Eigenschaft eines solchen Erbschaftskäufers als eines Fremden, den Miterben gegenüber, hat damit keinesweges aufgehoben werden sollen; wie dies denn auch als etwas Thatsächliches nicht wohl beseitigt werden konnte. Das, den Miteigenthümern und namentlich auch den Miterben in den §§. 61. und 65. eingeräumte, Vorkaufsrecht ist augenscheinlich eine Aushülfe, die der Gesetzgeber gewählt, um einer Seits jedem einzelnen Theilnehmer in seiner Verfügungsbefugniß über seinen Antheil möglichst freie Hand zu lassen (§§. 4. 60. 64.), anderer Seits aber doch auch die übrigen Miterben, soweit als thunlich, gegen die Nachtheile und Inconvenienzen zu schützen, die mit dem Eintritte eines Fremden in ihre Genossenschaft nicht selten verbunden sein werden. — cfr. §. 66. ebendas. — Also auch dies gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben steht der Deutung, die der Appellations-Richter dem §. 456. Thl. I. Tit. 11. des A. L.-R. gegeben, keinesweges, als damit unvereinbar, entgegen. Im vorliegenden Falle verliert das ganze Argument ohnehin schon um deswillen jede Bedeutung, weil die übrigen Testaments-Erben der Gutsbesitzer Sch..'schen Eheleute, deren Erbrechte die Kläger bis dahin noch nicht erworben hatten, von ihrem gesetzlichen Vorkaufsrechte gegen die Kläger niemals Gebrauch gemacht, die Letzteren vielmehr durch den zwischen diesen und den Testaments-Executoren, in ihrer Vertretung, abgeschlossenen Auseinander-

setzungs-Vertrag vom 19. Februar 1868. als mitberechtigte Theilnehmer und Interessenten ohne allen Widerspruch anerkannt haben.

Daß übrigens der Gesetzgeber selbst den in der Cabinets-Order vom 21. Juni 1844. gebrauchten Ausdruck: „Theilnehmer an einer Erbschaft" keinesweges so enge, wie die Nichtigkeitsbeschwerde es will, aufgefaßt hat, so daß nur die wirklichen Erben darunter verstanden werden dürften, ergiebt deutlich der weitere Verlauf der Gesetzgebung. Der überlebende Ehegatte, welcher in der ehelichen Gütergemeinschaft gelebt hat, ist allerdings kein Miterbe zu dem Nachlasse des zuerst verstorbenen. (§§. 637. 638. Thl. II. Tit. 1. des A. L.-R. — Präjudiz Nr. 1532. vom 27. Februar 1845. — Samml. Th. I. S. 146.). Es waren daher Zweifel entstanden, ob die in der Allerhöchsten Cabinets-Order vom 21. Juni 1844. angeordnete Befreiung von der Stempelsteuer auch dem überlebenden Ehegatten bei bestehender Gütergemeinschaft zu Statten komme. Zur Beseitigung dieses Zweifels ist jene Cabinets-Ordre von Sr. Majestät unterm 26. September 1845. dahin declarirt:

> daß zu den in derselben erwähnten Theilnehmern an einer Erbschaft auch der überlebende Ehegatte, welcher mit den Erben des verstorbenen Ehegatten gütergemeinschaftliches Vermögen zu theilen hat, gerechnet werden soll.

Justiz-Ministerial-Blatt 1845. S. 213.

Man wird daher nicht zu weit gehen und gegen den Sinn und Geist der Allerhöchsten Cabinets-Order vom 21. Juni 1844. verstoßen, wenn man, wie der Appellations-Richter thut, die darin nachgelassene Befreiung von dem Immobiliar-Procentstempel auch dem Erbschaftskäufer zu Statten kommen läßt, der als Rechtsnachfolger seines Verkäufers mit den übrigen Miterben Kaufverhandlungen, zum

Zwecke der Theilung der zur Erbschaft gehörigen Gegenstände, abschließt. Ganz kategorisch spricht sich in diesem Sinne der Finanz-Minister in dem Rescripte vom 20. December 1855. dahin aus: „Kauft Jemand einem von mehreren Erben, sein Erbrecht ab, so tritt der Käufer, auch den Miterben des Verkäufers gegenüber, in alle seine Rechte und Verpflichtungen und insbesondere in die Erbgemeinschaft unter den Miterben ein. - Der Erbschaftskäufer wird an Stelle des Erben Theilnehmer an der Erbschaft, und wenn die Erbgemeinschaft demnächst durch einen Vertrag aufgelöst wird, in welchem ein Kauf aus der Erbschaft enthalten ist, so scheint es nicht zweifelhaft, daß der Erbschaftskäufer, an Stelle des Erben, von welchem er das Erbrecht abgetreten erhalten, als Theilnehmer an der Erbschaft anzusehen ist. Deshalb findet die Cabinets-Order vom 21. Juni 1844. auf einen solchen Vertrag Anwendung. Der Erbschaftskäufer ist, wenn auch nicht eigentlicher Miterbe, doch jedenfalls Theilnehmer an der Erbschaft, und die Ordre setzt fest, daß Kauf- und Tauschverhandlungen zwischen den Theilnehmern an der Erbschaft zum Zwecke der Theilung der zu letzterer gehörigen Gegenstände dem Kaufstempel nicht unterliegen sollen." — Central-Blatt der Abgaben-, Gewerbe- und Handels-Gesetzgebung und Verwaltung in den Königlichen Preußischen Staaten. Jahrgang 1856. Seite 69.

Es ist zwar richtig, daß die in einem solchen Rescripte des betreffenden Ressort-Ministers ausgesprochenen Ansichten für den erkennenden Richter nicht eine bindende Norm abgeben können; meistens werden sie jedoch ein gewichtiges Moment für des Letzteren rechtliche Beurtheilung darbieten, und umsomehr Beachtung verdienen, wenn sie mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen in vollem Einklange stehen, und die

höchste Finanzbehörde selbst einen derartigen Vertrag als dem höhern Procentstempel unterliegend, nicht ansieht.

Auch auf das diesseitige Präjudicat vom 29. October 1866. (Entscheid. Bd. 57. S. 236.) haben sich beide Theile, zur Rechtfertigung ihrer Ansichten, wiewohl im entgegengesetzten Sinne, berufen. Die Verklagte meint, daß der damals entschiedene Fall anders, als der gegenwärtige, gelegen, und hebt hervor, daß in den Urtelsgründen ausdrücklich bevorwortet sei: „es kann (S. 241.) nach Lage der Sache, dahingestellt bleiben, ob die Cabinets-Order (vom 21. Juni 1844.), indem sie von Theilnehmern an einer Erbschaft spricht, nicht auch auf dritte Erwerber der ideellen Antheile an den ungetheilten Gegenständen der Erbschaft zu beziehen sei." Die Kläger dagegen wollen aus jenem Erkenntnisse, zwischen dessen Zeilen, lesen, daß das Ober-Tribunal in der That schon damals ihrer Ansicht gewesen sei. Doch ist ein bestimmter und entscheidender Ausspruch dort nach dieser Richtung hin damals nicht gefällt.

Wenn es in der Nichtigkeitsbeschwerde endlich heißt: Im vorliegenden Falle kommt noch hinzu, daß in dem Vertrage vom 19. Februar 1868. die Kläger sich nicht mit den Miterben ihrer Auctoren auseinandergesetzt, sondern daß sie mit den Testaments-Executoren contrahirt haben; so muß dieser Einwand um deshalb unberücksichtigt bleiben, weil daran eine bestimmte und besondere Beschwerde nicht geknüpft ist.

№ 33.

Verjährung durch Nichtgebrauch.

Verjährt die aus der Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit, insbesondere aus der Zahlung einer fremden Geldschuld, gegen den früheren Schuldner erwachsene Forderung des Zahlenden in derselben Frist, wie die getilgte Forderung?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 16. §§. 45. 46.

Wie der klagende Fiscus behauptet, wurde das örtliche Schulsystem zu Groß-Perschnitz von jeher, auch schon vor dem Jahre 1818., gebildet durch mehrere Domainengüter, darunter das Gut Burdey, welches er dem Grafen Heinrich von R., dem Erblasser des Verklagten, mittelst bestätigten Vertrages vom $\frac{\text{4. November 1818.}}{\text{7/28. Januar 1819.}}$ mit allen Lasten verkauft habe. Er bezeichnet die Bestandtheile der Dotirung des Schullehrers von Groß-Perschnitz und berechnet den davon, nach Maßgabe der catastrirten Aussaat &c., auf das Gut Burdey entfallenden Beitrag für die Zeit vom erwähnten Verkaufe bis zum 17. Juni 1845., wo des Verklagten Erblasser es weiter verkauft habe, auf 141. Thlr. 6. Sgr. 8. Pf. Baargehalt und Deputat, was er irrthümlich und ohne irgend eine Verpflichtung zum Vortheile des Grafen R. dem Schullehrer gewährt haben will. Zur Unterbrechung der vierundvierzigjährigen Verjährung des Erstattungs-Anspruches an den Verklagten sei die Klage im December 1862. angemeldet und solches demselben am 5. Januar 1869. gerichtlich bekannt gemacht worden. Er klagt aus der nützlichen Verwendung und aus der Bereicherung auf

Zahlung von 141. Thlrn. 6. Sgr. 8. Pf. nebst Zinsen seit dem gedachten Tage.

Der Verklagte bestritt alle der Klage zum Grunde gelegten Anführungen und erhob den Einwand der Verjährung, wurde jedoch vom Kreisgerichte zu Militsch nach dem Klage-Antrage verurtheilt. Appellirend wiederholte er die Verjährungs-Einrede und erzielte ein auf dieselbe gestütztes, den Kläger abweisendes, Erkenntniß des Appellations-Gerichtes zu Breslau vom 18. November 1870. Auf die Nichtigkeits-Beschwerde des Klägers erkannte der vierte Senat des Ober-Tribunals am 29. Juni 1871. für Recht, daß zwar dieselbe für begründet zu erachten, in der Sache selbst aber das angefochtene Erkenntniß, seinem ganzen Inhalte nach, aufrecht zu erhalten; und zwar aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter ist der Meinung, es liege nicht, wie der Kläger und der erste Richter glauben, eine nützliche Verwendung nach dem §. 262. ff. Thl. I. Tit. 13. des A. L.-R., sondern eine Uebernahme fremder Geschäfte ohne Auftrag, nach den §§. 228. ff. daselbst, vor, was sich aus dem §. 45. Thl. I. Tit. 16. des A. L.-R. ergebe, wonach die Rechte des Zahlers einer fremden Schuld, im Falle des Mangels eines Auftrages, nach dem Abschnitte II. Tit. 13. beurtheilt werden sollen. Er folgert sodann aus dem §. 46. Thl. I. Tit. 16. das Eintreten des Zahlenden in die Rechte des bezahlten Gläubigers, auch ohne ausdrückliche Cession, und gelangt so zu dem Ergebnisse, daß die Verjährungs-Einrede, welche der Verklagte dem ursprünglichen Gläubiger, dem Schullehrer K., würde entgegen setzen können, auch dem aus dem Rechte des letzteren klagenden Fiscus entgegenstehe. Der Kläger wird also gleichzeitig als Cessionar des K. und als negotiorum gestor des Verklagten betrachtet.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag gehört zu den so genannten Quasi-Contracten und erzeugt wechselseitige Verpflichtungen zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn. Die correspondirenden Ansprüche beruhen somit auf einem selbstständigen Fundamente, welches ihre Unterordnung unter das Gesetz vom 31. März 1838. nicht gestattet, so daß sie nur der gewöhnlichen Verjährung (§§. 546. 629. Thl. I. Tit. 9. des A. L.-R.) unterliegen. Dies ist auch dann der Fall, wenn der §. 46. cit. zur Anwendung kommt, wenn also der Zahler einer fremden, nach dem angezogenen Gesetze in kürzerer Frist verjährenden Schuld, Kraft des Gesetzes in die Rechte des bezahlten Gläubigers tritt. Hierdurch nämlich wird allerdings der Zahler ermächtigt, jene Rechte mit der actio utilis zu verfolgen, jedoch unbeschadet der, vermöge der negotiorum gestio bewirkten Ausschließung der kurzen Verjährung. Denn der §. 46. bezweckt keine Einschränkung oder Schmälerung des aus der beregten Zahlung entstehenden Anspruches, sondern die Erleichterung der Geltendmachung desselben, wenn weder Mandat, noch Geschäftsführung in Mitte liegt, in welchem Falle er ausschließlich maßgebend ist. Findet der Richter, daß die Klage des Zahlers gegen den liberirten Schuldner sowohl unter dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung, als unter dem des §. 46. begründet ist, so muß er von der dem Kläger günstigsten, den erhobenen Anspruch tragenden, Auffassung ausgehen. Folglich durfte der Appellations-Richter nicht gleichzeitig die negotiorum gestio als Klagegrund anerkennen und die hinsichtlich der Verjährung nach dem §. 407. Thl. I. Tit. 11. aus den citirten §§. 45 46. fließenden Consequenzen zu Gunsten des Verklagten eintreten lassen, und hat er diese Paragraphen unrichtig angewandt, welcher rechtsgrundsätzliche Verstoß an sich die Vernichtung seines

Erkenntnisses nach sich zieht (§. 4. Nr. 1. Verordnung vom 14. December 1833.)

Bei der deshalb eröffneten freien Beurtheilung der Sache erweist sich inzwischen die angefochtene Entscheidung aus anderen Gründen als gerechtfertigt. Was der klagende Fiscus an Stelle des angeblich verpflichtet gewesenen Verklagten dem Schullehrer zu Groß-Perschnitz gewährt haben will, besteht in baaren Zahlungen und in Naturalien, welche Objecte bei Erörterung der Präjudicialfrage, ob die Klageforderung verjährt sei, auseinander zu halten sind.

1. Anlangend die Geldzahlungen, so verordnet der §. 45. Thl. I. Tit. 16. des A. L.-R.:

„Die Rechte des Zahlenden gegen den Schuldner sind, je nachdem er die Zahlung mit oder ohne Auftrag oder wider den Willen desselben geleistet hat, nach den Vorschriften des ersten und zweiten Abschnittes im dreizehnten Titel zu beurtheilen."

Ferner der §. 46. daselbst:

„Ueberhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner, auch ohne ausdrückliche Cession, in die Rechte des bezahlten Gläubigers."

Die im §. 45. allegirten Abschnitte I. und II. im Tit. 13 handeln vom Mandat und von der auftraglosen Geschäftsführung. Der Richter soll prüfen, ob die Zahlung in den Bereich eines dieser beiden Rechts-Institute gehört, in welchem Falle, wie oben angedeutet, die gewöhnliche Verjährung für den erwachsenen Anspruch Platz greift. Das Gesetz sagt keinesweges, eine solche Zahlung müsse stets, also nach Umständen unter Zurhülfenahme einer Fiction, so beurtheilt werden, als sei sie auf Mandat oder negotiorum gestio zurückzuführen, setzt vielmehr für die Möglichkeit der einen oder der anderen von beiden Alternativen das Zu-

treffen der nach jenen Abschnitten nothwendigen Momente voraus. Da gegenwärtig von einem, dem Fiscus vom Verklagten ertheilten Zahlungs-Auftrage überall keine Rede ist, so kann nur in Frage kommen, ob eine Geschäftsführung vorliegt. Daß hierauf verneinend zu antworten ist, und zwar schon deshalb, weil der Kläger, nach seiner Angabe, in der Meinung, eine eigene Verbindlichkeit zu erfüllen, nicht aber mit der Absicht, einen Anderen, namentlich den Verklagten, sich verbindlich zu machen, (§. 261. Thl. I. Tit. 13. des A. L.-R. — Entsch. (Plenum.) Bd. 49. S. 29.), dem K. das Gehalt gewährt hat, wird vom Kläger selbst anerkannt. Ueberdies hat derselbe weder einen Schaden vom Verklagten abgewendet, noch dessen Vortheil befördert, (§§. 234. 238. a. a. O.), sondern nur bewirkt, daß er an Stelle des K. als Gläubiger getreten ist.

Demnach sind die Gesichtspunkte, unter welchen die fraglichen Zahlungen nach dem §. 45. cit. einen selbstständigen Rechtsgrund im oben bestimmten Sinne hätten hervorbringen können, erschöpft. Insbesondere läßt es sich nicht rechtfertigen, das Allegat der beiden ersten Abschnitte im Titel 13. durch Hinzufügung des Abschnittes III. zu erweitern, d. h. ein neues Fundament aus der nützlichen Verwendung abzuleiten. Das Allgemeine Landrecht ist der auftraglosen Einmischung in fremde Geschäfte grundsätzlich entgegen (§§. 228. 229. das.), und gestattet in der vorliegenden Materie keine extensive Auslegung. Es werden aber die beiderseitigen Rechte im vollständigsten Maße gewahrt, wenn das Gesetz (§. 46. Thl. I. Tit. 16. des A. L.-R.), wofern die erwähnten beiden ersten Abschnitte nicht passen, dem Zahlenden, als einem Cessionar, die Rechte des befriedigten Gläubigers dergestalt überträgt, daß diese Rechte objectiv unverändert, mithin gemäß der §§. 407. 408.

Thl. I. Tit. 11. des A. L.=R. der ursprünglichen Verjährung nach, wie vor, unterworfen bleiben. Dadurch wird vom Schuldner die Gefahr fern gehalten, nach Ablauf der Verjährungsfristen des Gesetzes vom 31. März 1838. unerwartet einem bisher unbekannten Gläubiger, welchen er vielleicht wegen der im Vertrauen auf jenes Gesetz unterlassenen Aufbewahrung der empfangenen Quittungen nicht abzuwehren vermöchte, gegenüber zu stehen. Die gegentheilige Ansicht würde vielfach zu einer Unwirksammachung des beregten Gesetzes führen, indem der Gläubiger zu diesem Ende sich eine Waarenpost nur vor Ablauf der kurzen Verjährung von einem colludirenden Dritten brauchte zahlen zu lassen.

Mit obiger Ausführung hat sich Theorie und Praxis einverstanden erklärt.

Gruchot, Beiträge Bd. III. S. 1. ff. (v. Diepenbroick-Grüter). Jacobi, Lehre von der nützlichen Verwendung (1861.) S. 179. v. Daniels, Preuß. Civilrecht (1866.) II. S. 549. Förster, Theorie 2c. II. Ausgabe. Bd. I. S. 550. Gruchot, Lehre von der Zahlung, 1871., S. 43. Note 22. S. 44. Note 24. — Erkenntnisse des Ober-Tribunals (I. Senat) vom 24. April 1871. in Sachen H. wider S. und vom 26. October 1860. (Entsch. Bd. 44. S. 65.), in welchem letzteren entwickelt wird, daß die Qualificirung der Zahlung einer fremden Schuld, als einer Verwendung in den Nutzen des Schuldners, nicht ohne Weiteres, (d. h. dann nicht, wenn die Voraussetzungen der Abschnitte I. und II. Thl. I. Tit. 13. des A. L.=R. fehlen), den ursprünglichen Verpflichtungsgrund ändern, folglich dem Zahlenden kein besseres Recht, als das früher bestandene, geben und das Verjährungsgesetz von 1838. nicht ausschließen kann.

2. Anlangend sodann die dem Lehrer K. gebührenden

und vom Fiscus gewährten Naturalien, — auf deren Ersatz in Gelde gegenwärtig geklagt wird, weshalb sie der vorige Richter von dem durch den Fiscus gezahlten Baargehalte nicht unterscheidet, — so darf allerdings der §. 46. cit. (in welchem die Tilgung einer fremden Schuld durch Zahlung (§. 28. Thl. I. Tit. 16. des A. L.=R.) unterstellt wird, keine unmittelbare Anwendung finden. Mithin könnte Fiscus, welcher auch hier aus den zu 1. erörterten Gründen nicht negotiorum gestor gewesen ist, nicht als gesetzlicher Cessionar des K. klagen, sondern höchstens die condictio sine causa auf Erstattung des Werthes, um welchen sich der Verklagte mit seinem Schaden bereichern würde, erheben. Dieser Werth aber kann, wenn die Version durch die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit zuwege gebracht sein soll, den Inhalt der letzteren in quantitativer und qualitativer Beziehung nicht übersteigen, da sonst die angebliche Bereicherung in eine Vermögens = Verminderung umschlagen würde. Bei der bezüglichen Beurtheilung sind regelmäßig die concreten Umstände ins Auge zu fassen. Angenommen, es habe der erfüllten Verbindlichkeit eine jetzt verjährte Compensations=Forderung (§§. 343. 371. Thl. I. Tit. 16. des A. L.=R.) entgegen gesetzt werden können, (§. 377. das.), so würde, wenn der Vertent dies als ihn nicht berührend ignoriren dürfte, durch dessen Thätigkeit der angeblich Bereicherte um den Werth der verloren gegangenen Einrede, mit anderen Worten um den Betrag seiner Compensations=Forderung ärmer geworden sein.

Ein Gleiches liegt zu Tage, wenn der Vertent eine fremde, der vierjährigen Präscription unterworfene Forderung vollständig tilgt und, gestützt auf das einseitig geschaffene neue Fundament der nützlichen Verwendung, nur bei Innehaltung der dreißigjährigen oder noch längeren

Verjährungsfrist, einen Anspruch verfolgt, welcher äußerlich genau mit der gedachten Forderung zusammenfällt. Daß der angeblich ursprüngliche Gläubiger des Verklagten, der Lehrer K, obgleich die Acten über dessen Kenntniß von dem nach der Klage zwischen ihm und dem Verklagten bestandenen Rechtsverhältnisse nichts enthalten, der Verjährung vorgebeugt haben würde, ist weder zu präsumiren, noch vom Kläger behauptet worden. Der in Rede stehenden Verwendung fehlt mithin das Erforderniß der Nützlichkeit, insoweit der Kläger die auch schon zur Zeit seiner Klage-Anmeldung, am 12. Dezember 1862., bereits vollendete vierjährige Präscription nicht anerkennen will, sie ist folglich Angesichts der vom Verklagten zur Sprache gebrachten Verjährung zur Begründung der Versionsklage nicht geeignet.

Aus obigen Gründen war das Appellations-Erkenntniß, wie geschehen, aufrecht zu erhalten.

№ 34.

Beibringung der Cession durch den befriedigten Cessionar.

Kann der Schuldner auch nach geleisteter Zahlung von dem dadurch befriedigten Cessionar einer Hypothekenpost die Beschaffung einer Cessionsurkunde verlangen?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 11. §§. 398. 402. 403.

Der Kläger, Hausbesitzer D., behauptete, er habe im Jahre 1845. von dem Bürger Johann P. zu C. die Grundstücke C. Nr. 40. B. und Nr. 18. A. käuflich erworben und sei auf das Kaufgeld 354. Thlr. schuldig geblieben. Diese 354. Thlr. nebst sechs Procent Zinsen seit dem 1. Juli 1845. habe P. gegen ihn im Jahre 1846. eingeklagt und gleichzeitig zu seiner Sicherheit in Höhe derselben eine Arrestprotestation pro conservando jure et loco auf die genannten Grundstücke eintragen lassen. Der Verklagte, Gastwirth F., habe sich später diese Forderung von P. cediren lassen und an ihn — den Verklagten — habe der Kläger dieselbe mit zusammen 391. Thlrn. 19. Sgr. an Capital und Zinsen bezahlt. Durch Vertrag vom 23. Januar 1867. habe der Kläger die vorgenannten Grundstücke an den Dr. F. verkauft und sich zur Herbeiführung der Löschung der Protestation von 354. Thlrn. bis zum Mai 1867. verbindlich gemacht.

Der Kläger hielt den Verklagten hiernach zur Bewilligung der Löschung der fraglichen Protestation für verpflichtet und trug darauf an, denselben dazu zu verurtheilen.

Der Verklagte bestritt die Behauptungen des Klägers, soweit sie sich auf den Erwerb der Grundstücke Seitens des Klägers, die Creditirung und Einklagung des Kaufgeldes von 354. Thlrn. und die Eintragung des letzteren bezogen als ihm unbekannt. Er bemerkte, es sei ihm dunkel erinnerlich, daß ihm vor circa 24. Jahren von P. eine Forderung an den Kläger von circa 400 Thlrn. cedirt worden und daß der Kläger ihm dieselbe bezahlt habe. Dagegen sei ihm unbekannt, ob diese Forderung mit der in der Klage erwähnten identisch sei. Der Kläger habe von ihm, nach geleisteter Zahlung, Quittung erhalten. Wenn er behaupte,

daß für P. eine Arrestprotestation auf zwei Grundstücke in C. eingetragen sei und die Einwilligung des Verklagten zur Löschung dieser Protestation fordere, so sei der Verklagte auch hierzu bereit; jedoch selbstverständlich auf Kosten des Klägers, wenn er die Einwilligung in gerichtlicher oder notarieller Form wünsche. Dagegen könne ihm die Beschaffung der Cessions-Urkunde, die er gar nicht besitze, nicht zugemuthet werden. In dieser Beziehung sei die Klage nicht einmal substantiirt, da die Behauptung fehle, daß P. ihm eine schriftliche Cession ertheilt habe. Es sei aber in der That eine solche nicht ausgestellt, vielmehr habe der Kläger im Beisein des P. an ihn diejenige Forderung ausgezahlt, welche P. vom Kläger zu fordern gehabt, indem P. den Kläger zur Zahlung angewiesen. Der Antrag des Verklagten ging dahin, die Erklärung, daß er in die Löschung der auf den Grundstücken C. Nr. 40. B. und Nr. 18. A. eingetragenen Arrestprotestation willige, festzusetzen und den Kläger mit den weitergehenden Anträgen abzuweisen.

Der Kläger bestritt seiner Seits die von der Klage abweichenden Behauptungen des Verklagten und bemerkte, daß die Cession von P. auf den Verklagten schriftlich und in beglaubigter Form ausgestellt gewesen, es aber selbstverständlich sei, daß er — Kläger — die Kosten der Quittung und Löschung der fraglichen Protestation trage.

Der erste Richter, das Kreisgericht zu Flatow, hat unterm 12. April 1870. den Verklagten dahin verurtheilt, daß derselbe schuldig, in die Löschung der auf den Grundstücken C. Nr. 40. B. und Nr. 18. A. für den P. eingetragenen Arrestprotestation von 354. Thlrn. nebst sechs Prozent Zinsen seit dem 1. Juli 1845. als Cessionar des P., unter Herbeischaffung der Cessions-Urkunde, dergestalt zu willigen,

daß die Löschung derselben im Hypothekenbuche erfc gen kann.

Auf die Appellation des Verklagten ist von dem Ap= pellations=Gerichte zu Marienwerder am 3. November 18 70. das erste Urtel dahin geändert, daß die Erklärung des Verklagten, daß er in die Löschung der auf den Grundstücken C. Nr. 40. B. und Nr. 18. A. für den P. eingetragenen Arrestprotestation von 354. Thlrn. nebst sechs Procent Zinsen seit dem 1. Februar 1845. willige, festzusetzen, im Uebrigen der Kläger mit seiner Klage abzuweisen.

Zur Motivirung führte der Appellations=Richter aus:

„In der Klage ist nicht behauptet, daß der P. eine schriftliche Cession über die Forderung der 354. Thlr. an den Verklagten ausgestellt habe; die erst in der Replik geschehene Nachholung dieser Behauptung ist verspätet, weil sie zur Substantiirung der Klage gehört und deshalb in der Klageschrift vorgetragen werden mußte. Nach dem §. 388. des A. L.=R. Thl. I. Tit. 11. hätte Kläger dem Verklagten als Cessionar nur dann Zahlung zu leisten gebraucht, wenn derselbe sich durch eine schriftliche, auf ihn gerichtete, Cession des P. legitimirt hätte. Wenn sich aber Kläger mit einer bloßen Quittung des Verklagten begnügt hat, so kann er jetzt von demselben nichts nachfordern. Auch die Vorschrift des §. 86. des A. L.=R. Thl. I. Tit. 16. berechtigte den Kläger nicht, Cession des P. an den Verklagten von dem letzteren zu fordern. Kläger leitet in der Replik die Verpflichtung des Verklagten zur Beibringung einer Cession in authentischer Form namentlich daher ab, daß Verklagter, als er die Zahlung in Empfang genommen, genaue Kenntniß davon gehabt habe, daß für diese Forderung eine Arrestprotestation im Hypothekenbuche eingetragen gewesen. Kläger hat den Eid darüber deferirt,

Verklagter denselben acceptirt, ihn aber für unerheblich erachtet, weil, — worin dem Verklagten Recht gegeben werden muß, — die Quelle der Kenntniß und wie weit dadurch eine Ueberzeugung bewirkt werden könnte, nicht thatsächlich dargelegt worden ist. Wenn hiernach die Abweisung des Klägers gerechtfertigt war, so mußte demgemäß das angefochtene Erkenntniß abgeändert, im Uebrigen aber die Erklärung des Verklagten, daß er in die Löschung der Arrestprotestation willige, festgesetzt werden."

Weil in der Klage das Object des Streites auf 400. Thlr. angegeben worden, legte der Kläger principaliter Nichtigkeitsbeschwerde, eventuell Revision ein. Durch Erkenntniß des dritten Senates des Ober-Tribunals vom 10. März 1871. ist das Appellations-Erkenntniß vernichtet und, auf die Appellation des Verklagten, das erste Erkenntniß bestätigt werden.

G r ü n d e.

Die hier nur Platz greifende Nichtigkeits-Beschwerde erscheint als begründet.

Unterstellt man nämlich auch mit dem vorigen Richter eine nur mündlich erfolgte Cession, so ist dieselbe doch, da in deren Folge der Kläger als debitor cessus sowohl dem Cedenten, als dem Cessionar, d. i. dem Verklagten, gegenüber, welcher die Cession keinesweges rückgängig machen und das empfangene Geld nicht erstatten will, rechtsgültig gezahlt hat, — (§. 398. Tit. 11. Thl. II. des A. L.-R., Entscheidungen Bd. 54. S. 90. 91. und Striethorst (Archiv Bd. 14. S. 327. Anmerkung *), — als realisirt zu erachten. Durch die von dem Verklagten als geschehen anerkannte und Seitens des Klägers erfolgte Cession trat ersterer in alle Rechte und Pflichten des Cedenten. Er erwarb also die cedirte Forderung mit allen Nebenrechten

ohne daß es in Betreff der in Frage stehenden, zur Sicherheit der Forderung dienenden und deren accessorium bildenden, protestatio pro conservando jure et loco einer ausdrücklichen Abtretung bedurfte (§§. 402. 403. a. a. O.). Diesen Rechten entsprechend gehört es zu den Pflichten, die der Verklagte durch die Cession und durch die in Folge derselben von dem Kläger als Schuldner an ihn geleistete Zahlung überkommen hat, daß er nicht bloß, was er im Laufe des Processes gethan hat, in die Löschung jener Protestation einwilligt, sondern auch diesen Consens, Behufs der Erreichung seines Zweckes, wirksam gestaltet. Letzteres kann aber nur dadurch erzielt werden, daß der Verklagte die erfolgte Cession in beglaubigter, notarieller oder gerichtlicher Form beschafft. (§§. 520. ff. Tit. 20. Thl. I. des A. L.=R. und §. 248. Tit. II. der Hypotheken=Ordnung.

Der Appellations=Richter, welcher den Verklagten, im Widerspruche mit dem ersten Richter, von der ihm obliegenden Pflicht entbindet, verletzt daher, wie der Kläger mit Recht rügt, die vorallegirten Gesetze. Seine Entscheidung ist sonach zu vernichten und die des ersten Richters zu bestätigen.

№ 35.

Compensation liquide gemachter Gegenforderungen.

Tritt bei einer illiquiden Gegenforderung, sobald dieselbe liquide geworden, schon mit dem Zeitpunkte ihrer Entstehung die Wirkung der Compensation ein?

A. L.=R. Th. I. Tit. 16. §§. 301. 361.

Durch schriftlichen Vertrag vom 9. August 1868. vermiethete der Kläger, Apotheker S., sein Grundstück T. Nr. 155. an den Verklagten, den Oeconomen P., vom 1. October 1868. ab auf zehn Jahre für 110. Thlr. jährlich, vierteljährlich pränumerando zahlbar. Weil der Verklagte die fünf ersten Raten nicht bezahlt, hat der Kläger ihm durch Schreiben vom 12. October 1869. gekündigt. Da der Verklagte auch am 1. Juli 1870. das Grundstück nicht geräumt hatte, so beantragte der Kläger am 9. ejusd., ihn zur Räumung zu verurtheilen. Der Verklagte wendete, außer Zahlung, Compensation und verweigerter Zahlungsofferte, stillschweigende Prolongation ein; er ist aber trotzdem in zwei Instanzen zu der bereits auch vollstreckten Exmission verurtheilt worden, wofür der Appellations-Richter Folgendes hervorhob:

„Zuvörderst ist zwischen den Parteien unstreitig, daß ein Miethsvertrag und nicht ein Pachtvertrag zwischen ihnen am 9. August 1868. geschlossen ist. Es mußte also, wenn die Kündigung dieses, auf die Zeit von zehn Jahren geschlossenen, Vertrages wegen des Rückstandes zweier, in vierteljährlichen Pränumerations-Raten zahlbarer, Miethstermine gemäß §. 298. l. c. erfolgen sollte, dies nach dem §. 344. l. c. in den ersten drei Tagen desjenigen Quartales geschehen, mit dessen Ablaufe der Besitz geräumt werden sollte. Da die Kündigung des Klägers am 12. October 1869., also nicht in den ersten drei Tagen des am 1. October 1869. beginnenden Quartales erfolgt ist, konnte demnach der Abzug des Verklagten nicht in diesem, sondern erst im nächsten Quartale, mithin zum 1. April 1870., verlangt werden. So hat auch Kläger diese Kündigung in seinem Briefe vom 4. November 1869. angesehen, wie dessen Worte

ergeben: „Meine aus der Kündigung erlangten Rechte auf Räumung behalte ich mir vor zum 1. April 1870.“

Die Kündigung am 12. October 1869. war aber eine berechtigte, da bis dahin zwei Miethstermine wenigstens rückständig waren. Denn Verklagter behauptet nur, auf die fünf ersten Quartale, die mit 27. Thlrn. 15. Sgr. für jedes zahlbar waren, 25. Thlr. Miethe am 15. April 1869. auf den Miethszins an die Ehefrau des Klägers gezahlt zu haben, während Kläger diese Zahlung für ein Darlehn ansieht. Es kann dahin gestellt bleiben, in welcher Qualität diese Zahlung erfolgt ist. Denn, wollte man sie selbst auf die Miethe pro 1. April bis 1. Juli gezahlt ansehen, so restirten doch am 1. October 1869. die beiden Pränumerations-Raten pro 1. Juli und 1. October. Ebenso wenig waren die Miethsreste dadurch getilgt, daß Kläger dem Verklagten 500. Thlr. Darlehn und 309. Thlr. Auslagen für den vorgenommenen Ausbau schuldete und Verklagter außerdem noch 136. Thlr. 21. Sgr. 6. Pf. an ausgelegten Baukosten vom Kläger zu fordern haben will. Denn das Darlehn der 500. Thlr. war, wie sich aus dem Briefe des Klägers vom 4. November 1869. ergiebt und unstreitig ist, diesem am 5. August 1869. mit dreimonatlicher Frist gekündigt, also am 5. November 1869. rückzahlbar, Verklagter konnte also am 1. October 1869. nicht seine Miethsschuld schon mit dem Darlehne verrechnen (§. 343. Thl. I. Tit. 16. des A. L.-R.), auch hat Kläger eidlich abgelehnt, daß er mit dem Verklagten verabredet habe, daß die von letzterem zu zahlenden Miethsraten auf dies Darlehn verrechnet werden sollten, und wenn er am 4. November 1869. diese Verrechnung bewirkte, so wurde hierdurch sein bereits erworbenes Kündigungsrecht nicht alterirt. Ebenso wenig war eine Verrechnung der vom Verklagten verauslagten 309. Thlr. und,

wie er behauptet, noch 136. Thlr. 21. Sgr. 6. Pf. Baukosten auf die Miethe am 1. October 1869. zulässig, da sich aus dem Briefe vom 4. November 1869. ergiebt, daß Kläger damals eine specielle, mit Belägen versehene, Liquidation der Bauauslagen des Verklagten verlangt hat, mithin der Betrag des vom Verklagten Verauslagten nicht feststand. Wenn also Kläger, wie Verklagter behauptet, ein Notizbuch über diese Aufwendungen geführt haben sollte, so bedurfte es doch nicht der Vorlegung desselben, da daraus nicht würde ersehen werden können, ob Kläger den Betrag, den er dem Verklagten an Baukosten schuldete, mit Sicherheit habe entnehmen können, jedenfalls er aber eine Beweisführung für dieselben vom Verklagten verlangte. Wenn Verklagter ferner durch das Zeugniß der Ehefrau des Klägers, event. durch sein Erbieten zum Eide darthun will, daß er dem Kläger gesagt habe, resp. habe sagen lassen, Kläger solle die über die 700. Thlr. verauslagten Baukosten auf die von ihm zu zahlenden Miethszinsen verrechnen, so folgt aus dem Stillschweigen des Klägers über dieses Anerbieten keinesweges dessen Genehmigung. (cfr. §. 81. Thl. I. Tit. 5., §. 61. Thl. I. Tit. 4. des A. L.-R.) Es war daher hierüber keine Beweisaufnahme zu veranlassen, auch nicht darüber, daß Verklagter, wie er behauptet, in den ersten drei Tagen des Octobers 1869. selbst, resp. durch seinen Hausknecht die Miethszinsen für die fünf rückständigen Quartale angeboten haben will, da weder die Zahlung, noch die Deposition derselben erfolgt ist. Endlich muß auch die Frage, ob eine stillschweigende Verlängerung des Miethsvertrages dadurch erfolgt ist, daß Kläger nach dem 1. April 1870. den Verklagten hat weiter in den vermietheten Räumen wohnen lassen und von ihm die Miethe für das Quartal pro 1. April bis 1. Juli 1870 angenommen hat, auch erst am

9. Juli 1870. die gegenwärtige Klage bei Gericht angebracht ist, verneint werden. Diese Frage ist nach dem §. 324. u. ff. Thl. I. Tit. 21. des A. L.-R. zu entscheiden, da der Miethsvertrag nach dem Contracte nicht am 1. April 1870. beendigt war, sondern bis 1. October 1878. dauern sollte. Es muß aber bei der am 12. October 1869. schriftlich und ausdrücklich geschehenen Kündigung des Miethsvertrages als feststehend erachtet werden, daß dieser Wille des Kündigenden nicht dadurch abgeändert worden, daß er den Verklagten noch über ein Vierteljahr nach dieser Zeit ungestört bei sich wohnen ließ und die Miethe in Empfang nahm, da er nirgends ausgesprochen hatte, daß er seine ausdrückliche Willenserklärung durch eine stillschweigende Connivenz als zurückgenommen ansehe. (cfr. §. 58. Thl. I. Tit. 4. des A. L.-R.) Es war daher auch nicht der Beweis darüber zu erheben, ob Kläger in der Quittung über die Quartalsmiethe pro 1. April bis 1. Juli 1870. sich schriftlich seine Rechte aus der Kündigung auf Räumung vorbehalten hat, was Verklagter bestreitet, da auch ohne diesen Vorbehalt die einmal erfolgte Kündigung nicht durch eine stillschweigende Willenserklärung aufgehoben ist, weil aus der Handlung des Verklagten, der Annahme des Miethszinses, nicht mit Zuverlässigkeit geschlossen werden kann, daß er den Verklagten auch nach dem Ablaufe dieses Quartales weiter wohnen lassen wolle."

Die hiergegen vom Verklagten eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist mittelst Erkenntnisses des dritten Senates des Ober-Tribunals vom 3. Juli 1871. für begründet angenommen, demzufolge, unter Vernichtung des Erkenntnisses des Appellations-Gerichtes zu Marienwerder vom 2. Februar 1871. und unter Abänderung des Erkenntnisses

des Kreisgerichtes zu Deutsch-Crone vom 2. August 1870., die erhobene Exmissionsklage zurückgewiesen worden.

Gründe.

Der Verklagte rügt in seinem ersten Angriffe mit Recht die Verletzung der §§. 301. und 361. Tit. 16. Thl. I. des A. L.-R. Zufolge derselben wird die Wirkung der Compensation zwar durch deren Ausübung bedingt, erstreckt sich aber im Falle der Ausübung nothwendig auf den Zeitpunkt der Entstehung der Gegenforderung zurück und auf diesen Moment wird sie auch dann zurückbezogen, wenn erst in der Folge die Gegenforderung liquid geworden ist. (Entscheidungen, Bd. 46. S. 114.) In Consequenz dessen war die am 1. October 1869. noch nicht bezahlte Miethsgelderforderung des Klägers, — sei es, daß sie, wie dieser angiebt, fünf Quartale à 27. Thlr. 15. Sgr. umfaßte, also 137. Thlr. 15. Sgr. betrug, sei es, daß sie, was der zweite Richter unterstellt, nur auf zwei Quartale mit einem Betrage von 55. Thlr. sich erstreckte, — schon vor jenem Tage getilgt, da der Verklagte, wie jetzt feststeht, in Folge der vom October 1868. bis Neujahr 1869. für den Kläger verauslagten Baukosten eine von diesem inzwischen auf Höhe von 309. Thlrn. sogar anerkannte Gegenforderung hatte. — Mit der Tilgung schwindet der behauptete Verzug in Entrichtung von fünf oder zwei Terminen und zerfällt die darauf im Hinblick auf den §. 298. Tit. 21. a. a. O. gegründete Exmissionsklage.

Wenn der Appellations-Richter sich daran stößt: daß am 1. October 1869., weil der Kläger damals die mit Belägen versehene Liquidation der Bauauslagen vom Verklagten noch nicht erhalten gehabt, der Betrag derselben nicht festgestanden habe, so mag zugegeben werden, daß Gegenforderungen, die auf Rechnungslegung sich stützen müssen, reinen Geldschulden

gegenüber, nicht liquid sind; allein eben darum, weil die spätere Thatsache der Compensationseinrede auf den Zeitpunkt der früheren Thatsache der Entstehung einer Gegenforderung zurückwirkt, (Förster, Bd. 1. S. 581. Note 85.), muß auch dann, wenn — wie hier — die früher illiquide Gegenforderung in der Folge liquid gemacht ist, daran festgehalten werden, daß, trotz der Illiquidität der Gegenforderung, die liquide Forderung bereits erloschen war, als beide existent geworden waren (§. 361. Tit. 16. a. a. O.). Existent und zahlbar sind aber unbestritten beide am 1. October 1869. gewesen und darum gebricht es auch nicht, wie der Verklagte unter Hinweis auf den §. 343. a. a. O., irrig vermeint, an der Fälligkeit der Gegenforderung. (Vgl. Entscheidungen Bd. 43. S. 112.)

Indem hiernach das zweite Urtel als hinfällig sich erweiset, ergiebt sich aus dem Vorherigen zugleich, daß in der Sache selbst, unter Abänderung des ersten Erkenntnisses, die erhobene Exmissionsklage abzuweisen ist.

№ 36.

Schuld-Uebernahme.

1. Bewirkt die Schuld-Uebernahme allein eine Befreiung des alten Schuldners?

   A. L.-R. Thl. I. Tit. 16. §§. 399—401. 416.

2. Kommen die von einem späteren Realschuldner bewilligten Zinserhöhungen einer Hypothekenpost dem

ursprünglichen Personalschuldner gegenüber in Betracht?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 20. §. 43.

Durch Vertrag vom 17. Mai 1854. verkaufte der Ober-Amtmann C. dem Verklagten, Rentier von R., die Rittergüter N. und H. für 56,800. Thlr. Von dem Kaufpreise blieb die Summe von 31,200. Thlrn. rückständig. Der Verklagte verpflichtete sich, hiervon 1200. Thlr. am 1. Juli 1860., den Rest von 30,000 Thlrn. am 1. Juli 1864. zu zahlen und das ganze Restkaufgeld vom 1. Juli 1854. ab mit vier Procent in halbjährlichen Raten postnumerando zu verzinsen. Zur Sicherheit verpfändete er hierfür die beiden Güter, und die 31,200. Thlr. wurden auf denselben für C. eingetragen, der die Kaufgelderforderung nebst Zinsen seit dem 1. Januar 1864. durch notarielle Cession vom 30. Juni 1864., der Klägerin, der Preußische Hypotheken-Versicherungs-Actien-Gesellschaft zu Berlin, abgetreten hat.

Die Güter N. und H sind zur Subhastation gekommen. Auf die Forderung, welche nebst fünf Procent Zinsen für die Zeit vom 1. Juli 1865. bis 1. Juni 1869. im Betrage von 6110. Thlrn., und 4. Thlrn. Kosten, im Kaufgelderbelegungs-Termine vom 1. Juni 1869. liquidirt worden, sind nur 23,929. Thlr. 14. Sgr. 2. Pf. zur Hebung gelangt; der Rest von 13,384. Thlrn. 15. Sgr. 10. Pf. ist ausgefallen. Der Verklagte ist von der Cession und dem Ausfalle in Kenntniß gesetzt und vergeblich zur Zahlung aufgefordert. Die Klägerin nahm wegen des Ausfalles den Verklagten, als persönlichen Schuldner, in Anspruch und klagte mit dem Antrage: ihn zur Zahlung von 13,384. Thlrn. 15. Sgr. 10. Pf. nebst vier Procent Zinsen seit dem 1. Juni 1869. zu verurtheilen.

Der Verklagte wendete ein, daß er die bezeichneten Güter durch Vertrag vom 14. Juli 1856. an v. H. verkauft, der die Zahlung des Kaufgelder-Rückstandes von 31,200. Thlrn. an C. selbstschuldnerisch übernommen, die Güter dann an den Gutsbesitzer W. verkauft und letzterer jene Verpflichtung ebenfalls als Selbstschuldner übernommen habe. Am 1. Juli 1869. seien die in der Klage erwähnten 31,200. Thlr. an C. zu zahlen gewesen. W. habe seiner desfallsigen Verpflichtung nicht nachkommen können, sich an die Klägerin gewandt und diese habe, in Gemäßheit ihres Geschäftsprogrammes, namentlich Nr. X., dem W. gegenüber, die Befriedigung des C., d. h. die Leistung derjenigen Zahlung übernommen, welche W. zu leisten persönlich verpflichtet gewesen sei; dagegen habe sich W. verbindlich gemacht, fortan sechs, statt fünf, Procent von der zu erwerbenden Hypothek zu bezahlen, wovon ein Procent zur Amortisation des Capitales habe dienen, letzteres aber binnen fünf Jahren unkündbar habe sein sollen. Dieses Abkommen sei auch realisirt. Am 30. Juni 1864. — (die Post sei am 1. Juli 1864. fällig gewesen,) — habe C. die fraglichen 31,200. Thlr. an die Klägerin cedirt und in unmittelbarer Verbindung damit, — gleichzeitig oder kurz nach dem 30. Juni 1864., — sei zwischen der Klägerin und dem W. ein notarieller Vertrag aufgenommen, Inhalts dessen W., der Klägerin gegenüber, erklärt habe, daß er die Schuld für den bisherigen Schuldner persönlich übernehme, sich verpflichte, dieselbe mit einem Procent zu amortisiren und mit fünf Procent zu verzinsen; während die Klägerin in derselben Verhandlung sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt, den W. für ihren nunmehrigen persönlichen Schuldner, an Stelle des bisherigen, angenommen, ihm auch die Unkündbarkeit des Capitales für den angebenen Zeitraum zugesichert habe. Die betref-

fende Verhandlung sei von dem Notar N. in Berlin verlautbart. Sollte dieselbe schon vor dem 30. Juni 1864. aufgenommen sein, so werde behauptet, daß in ihr die Klägerin sich verpflichtet habe, den C. zu befriedigen, dessen Forderung zu erwerben und daß W., für den Fall und unter der Bedingung, daß die Klägerin die Forderung erwürbe, die oben behaupteten Erklärungen, namentlich seinen Eintritt für den bisherigen persönlichen Schuldner als persönlich Verpflichteten verlautbart und die Klägerin denselben acceptirt, namentlich darin gewilligt habe, daß W., statt des bisherigen Schuldners, selbst als persönlicher Schuldner unter den abgegebenen Modalitäten eintrete. Diese Bedingung sei auch durch die Cession der 31,200. Thlr. an Klägerin eingetreten. Die bezügliche Abrede der Contrahenten sei schon vor Aufnahme der notariellen Verhandlung durch Correspondenz und schriftliche Zusicherungen festgestellt gewesen und in diesem realisirten Thatbestande liege eine totale und substantielle Umwandlung der alten Schuld, eine Novation, resp. Expromission, welche die früher bestandene persönliche Schuld gänzlich aufgehoben habe.

Eventuell meinte der Verklagte, der Klägerin in Abzug bringen zu können das fünfte Procent Zinsen für die Zeit vom 1. Januar 1860. bis zum 1. Juni 1869., weil er nur vier Procent zu zahlen verpflichtet gewesen sei. Die Summe berechnete der Verklagte auf 2938. Thlr. Schlimmstenfalls wollte der Verklagte dieses fünfte Procent wenigstens für die Zeit vom 1. Juli 1865. bis 1. Juni 1869. mit 1222. Thlrn. abrechnen, weil dieser Betrag bei der Kaufgelder-Belegung mit berechnet und bezahlt sei.

Die Klägerin bestritt die Behauptungen des Verklag ten und führte aus, daß derselbe sich auf die etwaigen Verhandlungen mit dem Realschuldner nicht berufen könne,

daß sie mit einem Theile des Capitales ausgefallen sei, ein Abzug an den Zinsen daher nicht gemacht werden könne. Außerdem erweiterte sie den Zinsenanspruch von der Klagebehändigung an auf fünf Procent.

Der erste Richter, das Kreisgericht zu Elbing, hat durch Urtel vom 14. Januar 1870. den Verklagten zur Zahlung von 12,162. Thlrn. 15. Sgr. 10. Pf. nebst vier Procent Zinsen seit dem 1. Juni 1869. verurtheilt, mit der Mehrforderung dagegen die Klägerin abgewiesen, und dieses Erkenntniß ist, auf die beiderseitige Appellationen vom Appellations-Gerichte zu Marienwerder am 6. Juli 1870. aus folgenden Gründen bestätigt worden:

„Die Appellation des Verklagten konnte nicht für begründet erachtet werden und war deshalb eine Beweisaufnahme über die angeblich zwischen den Besitznachfolgern des Verklagten und der Klägerin, resp. ihrem Cedenten getroffenen Uebereinkommen als nicht erheblich auszusetzen. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Verklagte sich in der Lage befinden würde, aus Abreden zwischen den Nachfolgern im Besitze der Güter und der Klägerin, zu welchen er nicht zugezogen worden, Rechte herzuleiten und Einwendungen der Klägerin entgegen zu setzen, indem durch die Negotiationen, wie sie dargelegt sind, weder eine Novation, noch eine Expromission bezüglich der Schuldverbindlichkeit des Verklagten hergestellt werden. Die Schuldverbindlichkeit des Verklagten hat dadurch nicht eine Aenderung erfahren und hat seine Haftbarkeit dadurch nicht aufgehört. Denn nach den §§. 452. 453. Tit. 16. Thl. I. des A. L.-R. wird durch die Verabredung anderer Zahlungszeiten und anderer Zahlungsmodalitäten, durch die Erhöhung des Zinsfußes oder Ausstellung neuer Schuld-Urkunden die Natur einer Schuld nicht verändert. Anderer Seits ist nach

den dargestellten Vorgängen und nach der Sachlage mit Rücksicht auf den §. 401. Tit. 14. Thl. I des A. L.-R. anzunehmen, daß durch die Uebernahme einer persönlichen Verbindlichkeit von Seiten der Besitznachfolger des Verklagten nur eine selbstschuldnerische Bürgschaft habe übernommen und für die bewilligte Zahlungsnachsicht für die Klägerin eine weitere Sicherheit habe hergestellt werden sollen. Denn eine von Seiten der Klägerin ausdrücklich erfolgte Entlassung des Verklagten aus seiner persönlichen Haftbarkeit ist nicht dargethan. Ebenso konnte aber auch die Appellation der Klägerin nicht für begründet erachtet werden. Die Beschwerde bezieht sich auf das bei der Kaufgelderbelegung der Klägerin berechnete und von dem ersten Richter ihr abgesprochene fünfte Procent für die Zeit vom 1. Juli 1865. bis zum 1. Juni 1869.; jedoch war ihrer desfallsigen Ausführung nicht beizutreten. Denn in dem mit dem Cedenten der Klägerin abgeschlossenen Kaufvertrage hatte der Verklagte sich verpflichtet, demselben das creditirte Kaufgeld mit vier Procent zu verzinsen und ihm für das Capital und diese Zinsen mit den Gütern ein Pfand bestellt. Das Pfand wurde demnächst realisirt. Es kann nun der Verklagte verlangen, daß der Erlös des Pfandes zur Tilgung derjenigen Schuld verwendet werde, für welche das Pfand bestellt und angenommen worden, mithin zur Tilgung desjenigen Theiles des Capitales, welcher, nach Deckung der Zinsen zu vier Procent verblieben ist, soweit dieser Ueberschuß reichte. Dagegen war die Klägerin nicht berechtigt, auf den Erlös des Pfandes eine Schuld in Abrechnung zu bringen, welche ein Besitznachfolger des Verklagten, also ein Dritter, contrahirt hatte, wenn gleich derselbe für dieses fünfte Procent mit den Gütern ebenfalls Hypothek bestellt hatte. Die später con-

trahirte Schuld stand in der Priorität der früher constituirten Hypothek nach. Durch das Verlangen der Klägerin würde die Verbindlichkeit des Verklagten, welche er, dem Cedenten der Klägerin gegenüber, eingegangen war, erschwert sein und durfte der Verklagte — wenn die Klägerin das Pfand in Angriff nahm — einem solchen Eingriffe in die contractlich vereinbarte Pfandbestellung und Pfandannahme widersprechen. Sonach ist der durch den Erlös des Pfandes gedeckte Capitalsantheil, welcher der Klägerin, nach Abzug der Kosten und Zinsen zu vier Procent, verblieben ist, nach dem §. 43. Tit. 20. Thl. I. des A. L.-R. als getilgt anzusehen und war die hierauf bezügliche Entscheidung des Vorderrichters gerechtfertigt."

Beide Theile haben Nichtigkeitsbeschwerde erhoben. Durch Erkenntniß des dritten Senats des Ober-Tribunals vom 9. Januar 1871. wurden indessen beide Beschwerden zurückgewiesen.

G r ü n d e.

Der vorige Richter hält, nach dem vorliegenden Thatbestande, die persönliche Verbindlichkeit des Verklagten, als ursprünglichen Constituenten der Hypothek, nicht für erloschen; weil damit eine von Seiten der Klägerin ausdrücklich erfolgte Entlassung des Verklagten aus seiner persönlichen, Haftbarkeit nicht, vielmehr nur eine von W. übernommene selbstschuldnerische Bürgschaft dargethan ist.

Diese Ansicht des Appellations-Richters ist für zutreffend zu erachten und es liegt derselben weder eine Verkennung der Natur der Expromission, noch eine Verletzung der §§. 400. 401. 406. Tit. 14. Thl. I. des A. L.-R. zum Grunde. Da Niemand nämlich sich einseitig seiner Pflicht entziehen darf, so kann bei der Schuld-Uebernahme der alte Schuldner nicht ohne den ihm gegenüber wirksam gewor-

denen Willen des Gläubigers aus der Obligation ausscheiden. So lange ihn der Gläubiger nicht entlassen hat, haftet er nach, wie vor, und neben ihm der Uebernehmer, so daß der Gläubiger fortan, statt eines, zwei Schuldner hat. Daß der Uebernehmer — wie hier geschehen sein soll — erklärt: er übernehme die Schuld für den, (oder statt des) bisherigen Schuldner und der Gläubiger erwidert: er nehme ihn für seinen Schuldner an Stelle des bisherigen an, ändert an und für sich hierin Nichts.

Auch bei solchen Stipulationen zwischen Uebernehmer und Gläubiger, die außerhalb der Rechtssphäre des dabei nicht zugezogenen ursprünglichen Schuldners liegen, könnte höchstens der Uebernehmer, wenn er darthäte, daß die Entlassung des letzteren die Voraussetzung oder die Bedingung der Schuld-Uebernahme gewesen, dem gegen ihn andringenden Gläubiger entgegensetzen, daß er zuvörderst den ursprünglichen Schuldner zu entlassen habe. Sonst wird der Gläubiger dem Uebernehmer mit Erfolg entgegnen: er möge erfüllen, was er übernommen habe, also die Schuld bezahlen, dann sei der ursprüngliche Schuldner befreit und es bedürfe keiner Entlassung desselben mehr. Niemals aber, auch im Falle der Voraussetzung oder Bedingung nicht, kann der erste Schuldner, falls ihm nicht etwa der Uebernehmer seine Rechte gegen den Gläubiger abgetreten hat, von dem letzteren die Entlassung fordern. — Dieser Auffassung entsprechend ist nach den §§. 399. und 400. Tit. 14. Thl. I. des A. L.-R., so lange die Einwilligung des Gläubigers in die Entlassung des ersten Schuldners nicht ausdrücklich erklärt worden, keine Expromission zu Stande gekommen und die dem Gläubiger geschehene Uebernahme-Erklärung des Uebernehmers bleibt verbindlich für den Uebernehmer als Intercession nach dem §. 401. a. a. O., wie solches

der Plenarbeschluß vom 4. Juli 1859. (Entscheid. Bd. 41. S. 7.) näher darlegt. Daß aber auch der §. 454. Tit. 16. a. a. O. nicht Platz greift, folgt, da nur die Modalitäten der Schuld ohne Umschaffung der letzteren geändert wurden, aus den §§. 452. und 453. a. a. O.

Ebenso unbegründet ist die klägerische Beschwerde. Unter dem Marginale: „Wie weit der Gläubiger, außer seinem Pfandrechte, auch an das übrige Vermögen oder an die Person des Schuldners sich halten könne," verordnet das Allgemeine Landrecht Thl. I. Tit. 20. §. 43.:

Soweit der Gläubiger durch den Verkauf oder Zuschlag der verpfändeten Sache befriedigt worden, entstehen daraus alle Wirkungen einer von dem Schuldner unmittelbar geleisteten Zahlung. (Tit. 16. §§. 149. ff.).

Unzweifelhaft hatte der ursprüngliche Schuldner, weil er bei Bestellung der Hypothek nur vier Procent versprochen hat, nur für diesen Zinssatz einzustehen und, nach Maßgabe des letzteren, ist, ihm gegenüber, zu berechnen, inwieweit er durch den Pfanderlös von seiner Capitals- und Zinsenschuld befreit worden. Dies haben die Vorderrichter mit Recht in Betracht gezogen und darin können Zinserhöhungen, welche die Klägerin allein mit W. vereinbart und zur Subingrossation gebracht hat, ebensowenig Etwas ändern, als die Resultate der Kaufgelderbelegung, welche nur für die dabei betheiligten Real-Interessenten maßgebend sind, zu denen der bloß persönliche Schuldner selbstverständlich nicht gehört hat. Für den letzteren ist es gleichgültig, zu welchem Zinssatze sich der spätere Realschuldner vermögen ließ; er haftet soweit die Klägerin durch den Pfanderlös nicht gedeckt worden, nur für seine persönliche Schuld und die dafür verheißenen Zinsen zu vier Prozent, keineswegs für das fünfte Prozent vom 1. Juli 1865. bis 1. Juni 1869. mit

1222. Thlrn. Diesen Betrag hat der vorige Richter zufolge des §. 43. a. a. O. der Klägerin abgesprochen und ihre Beschwerde erscheint, ohne daß es auf die weiteren Abweisungsgründe und die dawider zielenden Angriffe ankommt, als hinfällig.

Sonach waren die beiderseitigen Beschwerden zurückzuweisen.

№ 37.

Laudemium. Miteigenthum.

Hat der Miteigenthümer, welcher den intellectuellen Antheil seines Miteigenthümers kauft, Laudemium zu entrichten?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 17. §§. 4. 5. 60. ff. und Tit. 18. §. 718.

Im Hypothekenbuche des dem Verklagten, Gutsbesitzer W., gehörigen, als Erbpachtsgut eingetragenen, Gutes S. steht Rubr. II. Nr. 7., auf Grund des Erbpachts-Vertrages vom 18. October 1816., die Verbindlichkeit des Besitzers, bei einer Veräußerung an einen Fremden, außer der Familie, einen halbjährigen Canon als Laudemium an die Kämmerei-Casse zu Thorn zu zahlen, eingetragen. Der Verklagte, welcher dieses Gut gemeinschaftlich mit dem Rentier Ludwig P. durch Zuschlagsbescheid vom 2. August 1866. erwarb, auch das Laudemium zahlte, hat am 25. Sep-

tember 1867. das Miteigenthum des P. von diesem abgetreten erhalten und ist dadurch Allein-Eigenthümer geworden. Die Klägerin, die Stadtgemeinde zu Thorn, verlangte deshalb ein Viertel des ganzen Canons von 333. Thlrn. 10. Sgr. mit 83. Thlrn. 10. Sgr. und fünf Procent Zinsen seit dem Tage der Besitztitel-Berichtigung, von dem Verklagten.

Dieser beantragte Abweisung der Klage, weil er gar kein neuer Besitzer, vielmehr schon von vornherein mit P. zusammen Besitzer gewesen, und nur nach dessen Ausscheiden Alleinbesitzer geworden sei. Außerdem handele es sich hier um eine Veräußerung an ein Familien-Mitglied, da P. seine, des Verklagten, leibliche Schwester zur Frau habe und mit dieser, mit welcher er in Gütergemeinschaft lebe, gemeinschaftlich das Miteigenthum an ihn abgetreten habe.

Der Kläger bestritt dies und führte noch an, daß nach dem ursprünglichen Contracte nur Ascendenten und Descendenten als Verwandte anzusehen wären.

Der erste Richter, das Kreisgericht zu Thorn, hat den Kläger am 5. October 1870. abgewiesen, der zweite, das Appellations-Gericht zu Marienwerder, dagegen unterm 5. September 1870. den Verklagten aus folgenden Gründen zur Zahlung von 83. Thlrn. 10. Sgr. nebst Zinsen verurtheilt:

„Es ist zuvörderst nicht richtig, wenn der Vorderrichter davon ausgeht, daß die durch den Erbpachtsvertrag vom 18. October 1816. constituirte dingliche Verpflichtung zur Entrichtung einer Lehnwaare in Veränderungsfällen nur in dem Umfange auf die späteren Besitzer des belasteten Gutes übergeht, als dieser aus der Eintragung in das Hypothekenbuch ersichtlich gemacht wird. Denn geht man

auch mit dem höchsten Gerichtshofe davon aus, daß eine, auf besonderem Titel beruhende, Reallast, trotz ihrer durch die Constituirung selbst begründeten dinglichen Natur, nur, auf Grund der erfolgten Eintragung in das Grundbuch, oder vermöge der Kenntniß des Besitznachfolgers, auf diesen übergehe, obgleich auch dies noch controvers ist, so genügt doch jedenfalls die Eintragung oder die Wissenschaft des Erwerbers zur Erhaltung des dinglichen Rechtes in seinem ganzen rechtlichen Bestande und ist es Sache des Besitzers, sich über den Umfang und die Modalitäten desselben zu unterrichten. Insbesondere kann der, ohne Mitwirkung der Betheiligten, erfolgten Formulirung des Eintragungsvermerkes ebensowenig, als der nur mangelhaft erlangten Kenntniß des Erwerbers die Wirkung beigelegt werden, den Bestand des Rechtsverhältnisses zu verändern. Die im gedachten Erbpachts-Contracte enthaltene Declaration des Ausdruckes: „Familie" ist daher schon aus diesem Grunde keinesweges gleichgültig, vielmehr steht sie der Klägerin bezüglich der hier in Rede stehenden Veräußerung unbedenklich zur Seite. — Wollte man sich aber auch an dem legalen Begriffe der Familie im §. 1. Thl. II. Tit. 3. des A. L.-R. halten, so würde doch nur die verehelichte P., als Schwester des Verklagten, mit diesem zu einer Familie gerechnet werden können, nicht aber der, mit dem Verklagten nur verschwägerte, Ehemann der ersteren; das an den Verklagten veräußerte Miteigenthum des in Rede stehenden Gutes gehörte aber zum gütergemeinschaftlichen Vermögen beider P.'schen Eheleute, welche, nach der überzeugenden Ausführung in dem Gutachten des Ober-Tribunals im Justiz-Ministerialblatte von 1840. S. 370. u. ff., bezüglich dieses Vermögens eine von den physischen Personen verschiedene juristische

Persönlichkeit als Einheit bilden, und daß diese letztere nicht zur Familie des Verklagten gerechnet werden kann, liegt auf der Hand. — Es fragt sich daher nur: ob die bei Veräußerungen des Gutes an einen Fremden außerhalb der Familie eintretende Verpflichtung zur Entrichtung der Lehnwaare auch hier Platz greift, wo die P.'schen Eheleute nur ihren Antheil an dem bisher gemeinschaftlichen Grundstücke an den Verklagten veräußert haben? Diese Frage ist aber zu bejahen, weil nach den §§. 4. 5. Thl. I. Tit. 17. des A. L.-R. das Recht jedes Miteigenthümers zu dessen besonderem Eigenthume gehört und von den Titeln und Erwerbsarten des Miteigenthumes in der Regel Alles gilt, was vom Eigenthume überhaupt vorgeschrieben ist. Es steht daher auch die Veräußerung des ideellen Antheiles eines Miteigenthümers an einen anderen Miteigenthümer oder einen Dritten in rechtlicher Beziehung jeder anderen Eigenthums-Uebertragung gleich und gilt dies insbesondere von der Verpflichtung zur Entrichtung der Lehnwaare, wie dies auch im §. 718. Thl. I. Tit. 18. des A. L.-R. bezüglich der Erbzins-Grundstücke ausdrücklich bestätigt wird. — Der geforderte Betrag des Laudemii ist nicht bemängelt."

Die hiergegen vom Verklagten erhobene Nichtigkeits-Beschwerde hat das Erkenntniß des dritten Senates des Ober Tribunals vom 15. Mai 1871. zurückgewiesen.

Gründe.

Bei den Angriffen wider den, aus dem §. 12. des Erbpachts-Vertrages vom 18. October 1816. in Betreff des Ausdruckes: „Familie" entnommenen, Entscheidungsgrund übersieht der Implorant, daß der Besitztitel von dem Erbpachtsgute S. mit Allegirung des Erbpachts-Vertrages be-

richtigt worden. Wenn daneben unterlassen ist, bei Nr. 7. Rubr. III. bezüglich des Laudemiums die in jenem §. 12. vereinbarte Feststellung des Begriffes „Familie" einzutragen, so erscheint dies insofern einflußlos, als es sich dabei nicht um eine, im Widerspruche mit dem Vertrage, bewirkte Eintragung, sondern um die unterbliebene Eintragung handelt. Zufolge der Analogie der §§. 260. 665. Tit. 18. Thl. I. des A. L.=R. wurde somit die dadurch gebotene Einsicht des Vertrages nicht erübrigt, (Entsch. Bd. 51. S. 208.), zumal ein Vermerk Rubr. II. in Frage steht, wobei allgemeine Hinweisungen ausreichen. (Vgl. den §. 2. des Gesetzes vom 21. Mai 1853. Gesetz=S. v. 1853. S. 522.) Es kann indessen von dem beregten Entscheidungsgrunde ganz abgesehen werden, weil die übrigen, welche selbstständig hervortreten, als unwiderlegt anzusehen sind. Denn dasjenige Moment, welches der vorige Richter dahin aufstellt,

daß die P.'schen Eheleute, vermöge der Gütergemeinschaft, eine juristische Persönlichkeit als Einheit bilden, welche letztere nicht zur Familie des Verklagten gerechnet werden könne,

ist ganz unangefochten geblieben.

Was ferner der Implorant aus dem Gesichtspunkte der Unfixirtheit des Laudemiums vorträgt, enthält einen, in den früheren Instanzen nicht zur Sprache gekommenen, völlig neuen Einwand. Der letztere muß deshalb und da, nach der unangefochtenen richterlichen Feststellung, der Betrag des Laudemiums unbemängelt geblieben ist, unberücksichtigt bleiben. Der Einwand ist aber auch insofern grundlos, als Rubr. II. Nr. 4. die Höhe des Canons mit 333. Thlrn. 3. Sgr., dessen Hälfte nach dem §. 7. das Laudemium bildet, eingetragen steht. (Vgl. den §. 37. des Gesetzes vom 2. März 1850. Gesetz=S. von 1850. S. 89.) Von den

hiernach übrig bleibenden Angriffen sind die auf angebliche Verletzung des §. 1. Tit. 3. Thl. II. und der §§. 42. bis 45. Tit. 1. Thl. I. des A. L.-R. gestützten unbegründet.

Das Gesetz, — und lediglich dieses, nicht der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens, wie der Implorant nach dem §. 65. Tit. 4. Thl. I. vermeint, ist für die Deutung des richterlichen Eintragungsvermerkes maßgebend, — rechnet zur Familie nur Personen, die durch Blutsfreundschaft mit einander verwandt sind, d. i. diejenigen, welche gemeinschaftliche Stamm-Eltern haben. Dies trifft jedoch bezüglich der Verbindung, welche durch Heirath zwischen dem einen Ehegatten und den Blutsverwandten des anderen entsteht, d. i. in Betreff der Schwägerschaft, gar nicht zu. — Sodann liegt auch eine Verletzung der §§. 4. 5. Tit. 17. a. a. O. keinesweges vor. Der Appellations-Richter hat sich darauf beschränkt, unter wörtlicher Wiederholung des Inhaltes dieser Gesetze, daraus zu folgern:

> daß die Veräußerung des ideellen Antheiles eines Miteigenthümers an einen anderen Miteigenthümer oder an einen Dritten in rechtlicher Beziehung jeder anderen Eigenthums-Uebertragung gleichsteht.

Dies erscheint als zutreffend. Nach den Grundsätzen des Allgemeinen Landrechtes, welches das Miteigenthum weder als dominium plurium in solidum, noch als Gesammt-Eigenthum auffaßt, hat der Miteigenthümer einen Idealtheil und nur einen solchen an der gemeinschaftlichen Sache. Dieser Idealtheil, den er, vorbehaltlich des Vorkaufsrechtes, veräußern kann (§§. 60. ff. a. a. O.), ist sein besonderes, im Wesentlichen unabhängiges, Eigenthum. Nach dem, auch im Preußischen Rechte gültigen Principe, daß suae rei emtio non valet (l. 16. pr. D. de contrah. emtione. 18. 1.), kann zwar Niemand, so wenig wie seine eigene

Sache, das ihm selbst gehörige Miteigenthum kaufen. Wohl aber kann er die pars pro indiviso seines Genossen, die ihm bisher fremd war, erwerben (l. 18. pr. l. c.). Dieser Kauf des intellectuellen Antheiles seines Miteigenthümers ist keine dem §. 1. Tit. 11. Thl. I. des A. L.-R. widersprechende emtio rei propriae. Denn der Kaufgegenstand, die fremde Portion, das besondere Eigenthum des verkaufenden Miteigenthümers, gehörte dem Käufer noch nicht. Es ist nicht Ausdehnung des alten, sondern Erwerbung eines neuen Rechtes, welche dabei vor sich geht. Darum kann auch der Erwerb einer solchen Portion nicht von Besitzveränderungs-Abgaben, wie das Laudemium ist, für befreit angesehen werden. Die Eigenschaft des Käufers, als bisherigen Miteigenthümers, kommt, dem Laudemial-Berechtigten gegenüber, lediglich in Betreff des seiner bisherigen Condominialquote entsprechenden Grundstück-Antheiles in Betracht; den übrigen Theil hat er von seinem Genossen neu erworben und in Bezug darauf ist er lediglich Singular-Successor desselben, mit allen Rechten und Pflichten eines solchen. (Göppert, Miteigenthum, S. 67. ff.) Ist dies insbesondere auch in Betreff der Laudemialpflicht nicht in Abrede zu stellen, so kommt es nicht weiter noch darauf an, ob die, außerdem von dem vorigen Richter geltend gemachte, Analogie dessen, was der §. 718. Tit. 18. Thl. I. des A. L.-R. hinsichtlich des Laudemiums bei Erbzinsgütern für den Todesfall eines von mehreren Mitbesitzern vorschreibt, für zutreffend zu erachten sei, oder nicht. Das Ober-Tribunal, welches den, in Gütergemeinschaft gestandenen, überlebenden Ehegatten im Falle des §. 718. nach schlesischem Provinzial-Rechte nicht zur Entrichtung des Laudemiums für verpflichtet hält, (Präjudiz Nr. 968 Samml. I. S. 205. und II. S. 24.), statuirt, abgesehen

von abweichendem Provinzial-Rechte, welches hier nicht obwaltet, (Vgl. den §. 17. des Provinzial-Rechtes für Westpreußen. Gesetz-S. von 1844. S. 106. und das Gesetz vom 5. Februar 1869. Gesetz-S. v. 1869. S. 329.), diese Verbindlichkeit selbst bei gütergemeinschaftlichem Miteigenthume. (Entsch. Bd. 57. S. 63.) Auch hiernach läßt sich nicht behaupten, daß der Appellations-Richter den beregten §. 718. cit. verletzt habe. — Die Beschwerde stellt sich daher überall als verwerflich dar.

№ 38.
Uebernahme einer Hypothekenschuld.

Erstreckt sich die Befreiungspflicht des Uebernehmers einer Hypothekenschuld, für welche, außer dem von ihm erworbenen Grundstücke, noch ein anderes verhaftet ist, auch auf dieses andere Grundstück?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 20. §. 54.

Durch notariellen Vertrag vom 30. April 1869. vertauschten und übergaben die Kläger, E.'schen Eheleute, das ihnen gehörige Grundstück D. Nr. 27. gegen das den verklagten B.'schen Eheleuten gehörige Grundstück E. XII. N. 120. Im §. 4. dieses Vertrages übernahmen die Verklagten, in Anrechnung auf die Kaufgelder, drei auf D. Nr. 27. eingetragene Forderungen von: a) 1832. Thlrn., 26. Sgr. 1. Pf., b) 1000. Thlrn. und c) 450. Thlrn., sämmtlich zu sechs Procent verzinslich, als Selbstschuldner. Diese drei Posten stehen conjunctim auch auf D. Nr. 34., welches die Kläger noch besitzen, eingetragen. Die Kläger be-

haupteten, daß, da die Verklagten diese drei Forderungen, conjunctim auf D. Nr. 27. und D. Nr. 34. eingetragen, als Selbstschuldner übernommen, sie damit auch die, lediglich durch Versehen des betreffenden Notars in dem Contracte nicht erwähnte Verpflichtung überkommen hätten, das Grundstück D. Nr. 34. außer Schuldverbindlichkeit zu setzen und jene drei Posten, Behufs deren Löschung, bis zum October 1869. zu bezahlen.

Die Kläger verlangten daher die Verurtheilung der Verklagten, sofort das Grundstück D. Nr. 34. bezüglich der unter a. bis c. aufgeführten drei Posten außer Schuldverbindlichkeit zu setzen und demgemäß diese Posten im Hypothekenbuche von D. Nr. 34. zur Löschung zu bringen.

Die Verklagten dagegen beantragten, die Kläger abzuweisen. — Sie bestritten die Behauptung der Kläger, daß aus Versehen des instrumentirenden Notars der Tauschvertrag vom 30. April 1869. bezüglich seiner Essentialien anders niedergeschrieben worden, als zwischen den Parteien verabredet sei. Die Verklagten bestritten ferner, daß in dem Vertrage vom 30. April 1869. festgestellt oder hervorgehoben worden, daß die drei Forderungen auch auf D. Nr. 34. hafteten, und daß sie, — die Verklagten, — die Verpflichtung übernommen, bezüglich derselben das Grundstück D. Nr. 34. zu exnexuiren. Sie behaupteten vielmehr, daß hiervon nicht einmal die Rede gewesen, noch weniger aber vereinbart sei, sie, — die Verklagten, — sollten als theilweise Gegenleistung die erwähnten drei Forderungen bis zum October 1869. auszahlen, damit hierauf die Exnexuation von D. Nr. 34. erfolgen könne.

Der erste Richter, das Kreisgericht zu Elbing, erkannte am 27. Mai 1870. dahin: daß die Verklagten schuldig, sofort das Grundstück D. Nr. 34. bezüglich der darauf mit

a) 1832. Thlrn. 26. Sgr. 1. Pf. für Friedrich T., b) 1000. Thlrn. für W., und c) 450. Thlrn. für W., hypothekarisch eingetragenen, mit sechs Procent verzinslichen Forderungen außer Schuldverbindlichkeit zu setzen und demgemäß diese Posten im Hypothekenbuche von D. Nr. 34. zur Löschung zu bringen.

Der mitverklagte Ehemann, der seine inzwischen verstorbene Ehefrau beerbt hatte, appellirte.

In zweiter Instanz stellte sich heraus, daß die Post von 450. Thlrn. ganz, von der Post von 1000. Thlrn. der Betrag von 200. Thlrn. bereits, mittelst Verfügung vom 9. Juli 1870., im Hypothekenbuche gelöscht worden. Da hierdurch auf Höhe dieser Beträge der Klageanspruch erledigt war, so hat der zweite Richter, das Appellationsgericht zu Marienwerder, unterm 21. Januar 1871. dies, auf Antrag des Verklagten, im Tenor bemerkt und demzufolge die Bestätigung des ersten Erkenntnisses mit der desfallsigen Maßgabe ausgesprochen, wobei er Folgendes erwogen: „Die Uebernahme einer Schuld von dem Schuldner sei vertragsmäßige Passiv-Succession in dessen Verbindlichkeit; der Uebernehmer verpflichte sich zur Tilgung an Stelle des Mitcontrahenten. Die Verbindlichkeit könne eine persönliche — (die in der Regel bei Uebernahme auf das Kaufgeld allein übrig bleibe,) — oder mit einer dinglichen verbunden sein, in welchem Falle die Uebernahme auch die letztere treffe, falls der Uebernehmer sie gekannt habe, oder doch habe kennen müssen. Müsse nun, wie in der Rechtsprechung allgemein angenommen werde, der Eintretende den Mitcontrahenten, nach des Ersteren Wahl, befreien, oder den Gläubiger bezahlen, so müßte dies mit dem Effecte geschehen, daß der Mitcontrahent aller seiner Verbindlichkeiten ledig werde, was im vorliegenden Falle nur durch die Löschung der gedachten drei Posten im Hypothekenbuche von D. Nr. 34.

bewirkt werden könne. — Ferner ergebe sich aus dem vorgelegten Vertrage vom 30. April 1869., daß Verklagter und seine Ehefrau in diesem Vertrage die fraglichen drei Posten als Selbstschuldner übernommen haben; auch gehe aus den vorgelegten Hypotheken-Acten von D. Nr. 27. und 34. hervor, daß die Posten von 1000. Thlrn. und 450. Thlrn. nicht allein schon am 30. April 1869. auf beiden Grundstücken eingetragen gestanden, sondern daß zugleich in dem Eintragungs-Vermerke des Grundstückes Nr. 27. gesagt worden, daß diese Posten auch auf dem Grundstücke Nr. 34. zu D. haften. Verklagter könne sich daher mit der Unwissenheit dieser, aus dem Hypothenbuche ersichtlichen, Thatsache nicht schützen, (A. L.-R. Thl. I. Tit. 4. §. 19.). — Rücksichtlich der Darlehnspost von 1832. Thlrn. 26. Sgr. 1. Pf. sei zu bemerken, daß diese nur auf D. Nr. 27. eingetragen stehe, jedoch sei bei derselben im Hypothekenbuche von D. Nr. 27. Rubr. III. Colonne „Veränderungen“, zufolge Verfügung vom 6. Februar 1865., bemerkt, daß für diese Post auch mit dem Grundstücke D. Nr. 34., gemäß Urkunde vom 6. November 1864., eine Caution bestellt worden, und auf dem letztgedachten Grundstücke sei diese Caution in Höhe von 1832. Thlrn. 26. Sgr. 1. Pf., zufolge Verfügung vom 6. Februar 1865., ebenfalls eingetragen. Verklagter könne sich daher mit der Unwissenheit dieser Thatsache nicht schützen. Wenn auch diese Post selbst nicht auf D. Nr. 34. eingetragen stehe, sondern dieserhalb nur eine Caution daselbst vermerkt sei, so folge doch aus der accessorischen Natur der Caution, daß Verklagter durch die Uebernahme der Post auch die Verbindlichkeit überkommen habe, diese Caution auf D. Nr. 34. zur Löschung zu bringen, weil sonst die Kläger rücksichtlich dieser Post nicht vollständig liberirt werden würden. End-

lich habe Verklagter in zweiter Instanz noch den Einwand erhoben, daß die drei Posten weder fällig, noch kündbar seien. Dieser letztere Umstand habe sich aber durch Vorlegung der drei Obligationen vom 19. October 1865., vom 17. Januar 1857. und vom 16. Januar 1867. als unrichtig herausgestellt, da hiernach diese drei Posten nicht unkündbar, sondern nach drei=, resp. sechsmonatlicher Kündigung zahlbar seien. Der Mangel der Fälligkeit dieser drei Posten sei aber auf die Entscheidung des Processes ganz einflußlos, da Verklagter, wenn die Gläubiger dieser drei Posten sich nicht dazu verstehen wollten, die Kläger aus ihrer dinglichen Mitverhaftung zu entlassen, schon vor Anstellung der Klage Zeit genug gehabt habe, denselben, nach geschehener Aufkündigung, diese Posten auszuzahlen und auf diese Weise die Kläger zu liberiren.

Der Verklagte erhob die Nichtigkeits=Beschwerde. Durch das Erkenntniß des dritten Senates des Ober=Tribunals vom 7. Juli 1871. wurde dieselbe zwar für begründet angenommen, in der Sache selbst aber das angefochtene Urtel aufrecht erhalten.

Gründe.

Der vorliegende Rechtsfall stimmt mit dem diesseits entschiedenen, in Striethorst's Archiv, Bd. 18. S. 152. abgedruckten insofern überein, als dort, wie hier, der Uebernehmer sich als Selbstschuldner verpflichtet und eingewendet hatte, es sei bei dem Abschlusse des Vertrages von der Mitverhaftung eines anderweiten Grundstückes nicht die Rede gewesen. Trotzdem unterlag derselbe dort, weil er sich zum Selbstschuldner bestellt habe, auch die Unkenntniß jener Mitverhaftung nach dem §. 19. Tit. 4. Thl. I. des A. L.=R. nicht vorschützen dürfe; und dieselben Momente

sind es, welche im gegenwärtigen Falle der zweite Richter geltend macht.

Dawider rügt der Implorant mit Recht die Verletzung dieses §. 19. Wie in den Plenarbeschlüssen vom 22. April 1844. und vom 18. Mai 1857. (Entscheidungen Bd. 10. S. 17. und Bd. 36. S. 13—14) hervorgehoben wird, betrifft der gedachte Paragraph nur das Verhältniß des dritten Erwerbers dem Berechtigten, nicht das Verhältniß des einen Contrahenten, dem anderen gegenüber, welches vielmehr durch den Contract und die dafür maßgebenden Gesetze normirt wird. Es ist daher unstatthaft, aus den, auf den Realcredit und den Glauben des Hypothekenbuches berechneten, Vorschriften über die Rechte der eingetragenen Realberechtigten dem dritten Erwerber gegenüber, Bestimmungen über das völlig verschiedene persönliche Vertragsverhältniß zwischen den Contrahenten zu entlehnen Jener §. 19. soll dritte Personen schützen, welche auf Grund des Glaubens des Hypothekenbuches gehandelt haben, nicht aber denjenigen Personen, welche mit einander contrahirt haben, andere Rechte verschaffen, als die Verträge ihnen nach gesetzlicher Regel gewähren können. Wie hiernach das Verhältniß der Parteien zu einander sich gestaltet, ist daher, da, in Folge der Verletzung des mehrerwähnten §. 19., die Nichtigkeits-Beschwerde an sich als begründet erscheint, frei in Betracht zu ziehen.

Nach dem bezüglichen Vertrage hat der Verklagte als Selbstschuldner Hypothekenposten in partem pretii übernommen, d. h. die Kläger haben sich von dem Verklagten den Abzug eines diesen Posten entsprechenden Theiles des pretii gefallen lassen, wogegen Verklagter die Verbindlichkeiten übernommen hat, welche die Kläger entweder als die Constituenten der betreffenden Schulden, oder als Ueber-

nehmer derselben bei dem früheren eigenen Erwerbe, gegen die Gläubiger, und beziehungsweise gegen ihren Auctor hatten. Diese Verbindlichkeiten würden sie mit dem pretium, wenn sie dasselbe, seinem ganzen Betrage nach, baar unter der Verpflichtung, fundum liberum zu gewähren, erhalten hätten, getilgt haben, so daß dann kein Anspruch weiter an sie hätte gemacht werden können. Vermöge des modus solvendi, den der Verklagte durch die Uebernahme von Hypothekenschulden in partem pretii eingegangen ist, muß er nun den Klägern so viel leisten, als sie erhalten haben würden, wenn das ganze pretium baar bezahlt und von ihnen, — wie bemerkt, — die Verpflichtung, fundum liberum zu gewähren, übernommen worden wäre. So viel leistet der Verklagte aber nur dann, wenn er bewirkt, daß die Kläger ihrer betreffenden Verbindlichkeiten ledig werden. (Schlesisches Archiv Bd. 1. S. 172.)

Das Vertragsverhältniß verpflichtet also den Verklagten, die Kläger insoweit von jeder persönlichen und dinglichen Verpflichtung, von jedem Nexus zu befreien, der allein auf ihn übergehen soll. Wie er solches erzielt, durch Befriedigung der Gläubiger, oder durch Herbeischaffung ihrer Erklärung, daß sie die Kläger aus der Verbindlichkeit entlassen, ist zwar an sich seinem Ermessen überlassen. Kann aber die allseitige Liberirung nur durch Zahlung der Posten erreicht werden, so darf er sich auch einer solchen nicht weigern.

In Erwägung dieser von dem Ober-Tribunale befolgten Grundsätze, (Entscheidungen Bd. 1. S. 90., Bd. 7. S. 302., Bd. 60. S. 116., und Striethorst's Archiv Bd. 6. S. 342., Bd. 36. S. 148., Bd. 49. S. 318., Bd. 57. S. 302.) und in Betracht dessen, daß das für die übernommenen Schulden conjunctim verhaftete Gut vor, wie nach, im Besitze der Kläger ist, diese also nur dann voll-

ständig liberirt werden, wenn auf dem gedachten Gute die Löschung jener Schulden erfolgt, kann der Verklagte sich nicht entbrechen, dieselbe herbeizuführen und nöthigen Falles zu dem Behufe die Gläubiger zu bezahlen. Daß die letzteren noch nicht gekündigt haben, relevirt nicht, (Striethorst's Archiv Bd. 2. S. 292.), da der Verklagte nach den Modalitäten, welchen die Schuld unterliegt, (Entscheidungen Bd. 19. S. 203.), die Befreiung bewirken, also, sobald dies zulässig ist, kündigen, respective zahlen muß.

Hiernach erscheint die Aufrechterhaltung des zweiten Urtels gerechtfertigt.

№ 39.

Schlesien. Wahlrecht des überlebenden Ehegatten in Beziehung auf Erbfolge.

Hat in Schlesien unter den Ehegatten einer vor dem 1. Januar 1846. eingegangenen Ehe statutarische Gütergemeinschaft bestanden, und hat nach dem Tode des einen von ihnen der Ueberlebende, zufolge der ihm im Gesetze vom 11. Juli 1845. freigelassenen Wahl die gesetzliche Erbfolge nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes verlangt, muß alsdann die Feststellung des Nachlasses des Erstverstorbenen, Behufs der Vermögens-Auseinandersetzung zwischen dem Ueberlebenden und den übrigen Intestaterben des Ersteren, nach den vermögensrechtlichen Bestimmungen des Allge-

meinen Landrechtes über gütergemeinschaftliche oder nach denen über Dotal-Ehen erfolgen?

Gesetz wegen Aufhebung der im Herzogthume Schlesien und in der Grafschaft Glatz geltenden besonderen Rechte über die ehelichen Güterverhältnisse und die gesetzliche Erbfolge, vom 11. Juli 1845. (Ges.-S. S. 471.)

A. L.-R. Thl. II. Tit. 1. §. 496.

Plenar-Beschluß vom 5. November 1855. (Entscheidungen, Bd. 31. S. 198.)

Plenar-Beschluß vom 2. Juni 1849. (Entscheidungen Bd. 5. S. 299.)

Der Tuchfabrikant L. hat in einer, vor dem 1. Januar 1846. eingegangenen, Ehe gelebt, in welcher Gütergemeinschaft, nach dem Statutarrechte der Stadt Grünberg, bestand. Nachdem das Gesetz vom 11. Juli 1845. die älteren, die ehelichen Güterverhältnisse, die Erbfolge unter Ehegatten, sowie die Erbes-Auseinandersetzung betreffenden besonderen Gesetze, Statuten und Gewohnheiten in Schlesien aufgehoben und nur dem Ueberlebenden die Wahl eingeräumt hatte, ob er bei der gesetzlichen Erbfolge nach den früheren Rechten oder nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes beurtheilt sein wolle, starb am 10. October 1869. die Ehefrau, mit Hinterlassung ihres Ehemannes und dreier Geschwister zu Intestaterben. Der überlebende Ehemann hat im Nachlaßregulirungs-Termine am 7. Mai 1870. die Beerbung der Erblasserin nach den landrechtlichen Vorschriften gewählt. Es ist nunmehr zwischen ihm und einer Schwester und Miterbin der Erblasserin Streit entstanden, nach welchen Grundsätzen der Nachlaß der letzteren zu constituiren sei. Der überlebende Ehemann hatte in dem überreichten Inventarium nach den Grundsätzen des Allgemeinen Landrechtes über Dotal-Ehen dasjenige Vermögen der Ehefrau

als ihren Nachlaß verzeichnet, welches sie ihm in die Ehe gebracht, oder während derselben durch Erbschaften, Vermächtnisse, Geschenke und andere Glücksfälle erworben hatte. Die Schwester und Miterbin behauptete dagegen, daß zwar die Erbfolge nach jenen Grundsätzen eintrete, die Constituirung des Nachlasses und die Vermögens-Absonderung aber nach den Grundsätzen des Allgemeinen Landrechtes über die Aufhebung einer gütergemeinschaftlichen Ehe erfolgen, und daher die eine Hälfte des gemeinsamen Erwerbes während der Ehe als zum Nachlasse der Ehefrau gehörig angesehen werden müsse. Um diesen Streit zum Austrage zu bringen, ist die Schwester und Miterbin gegen den überlebenden Ehemann klagend aufgetreten mit dem Antrage, denselben zu verurtheilen:

1. ein Nachlaß-Inventarium über dasjenige aufzustellen, was der Verklagte und seine Ehefrau während der Ehe auf andere Weise, als durch Erbschaften, Vermächtnisse, Geschenke und Glücksfälle, soweit es beim Tode der Erblasserin noch vorhanden, erworben hätten, und
2. die Hälfte dieses gemeinsamen Erwerbes, abzüglich etwaiger Schulden der Eheleute, mit den übrigen Erben zur Theilung zu bringen.

Durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichtes zu Grünberg und des Appellations-Gerichtes zu Glogau vom 17. September 1870. und 26. Januar 1871. ist die Klage, und durch das Urtel des ersten Senates des Ober-Tribunals vom 10. Juli 1871. ist auch die von der Klägerin gegen die zweite Entscheidung erhobene Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe.

Das Gesetz vom 8. Juli 1845. hat in Schlesien die,

die ehelichen Güter-Verhältnisse, die Erbfolge und die Erb-Auseinandersetzung betreffenden besonderen Gesetze, Gewohnheiten und Statuten, welche bis dahin gegolten, mit dem 1. Januar 1846. außer Kraft und an deren Stelle die Vorschriften des Allgem. Landrechtes gesetzt. — §§. 1. 4. — In den Erbfällen nach dem 1. Januar 1846. tritt die gesetzliche Erbfolge unter Blutsverwandten nach dem Landrechte ein. §. 7. Hinsichts der älteren Ehen ist im §. 8. verordnet:

1. daß die Rechte und Pflichten der Eheleute unter Lebendigen und die Grundsätze wegen der Vermögens-Auseinandersetzung im Falle einer richterlichen Scheidung nach den bei Eingehung der Ehe gültigen Vorschriften bestimmt werden, und daß
2. bei der gesetzlichen Erbfolge dem überlebenden Ehegatten, er mag in Gütergemeinschaft gelebt haben oder nicht, die Wahl zusteht, ob er nach den früheren Rechten oder nach den Vorschriften des Landrechtes beurtheilt sein wolle.

Es ist schon vor längerer Zeit eine Meinungs-Verschiedenheit darüber entstanden, welche landrechtlichen Vorschriften im §. 8. Nr. 2. gemeint seien, wenn eine ältere Ehe nach dem 1. Januar 1846. durch den Tod eines der Eheleute getrennt wird. Der Plenar-Beschluß vom 5. November 1855. hat diese Frage dahin beantwortet:

daß unter gedachten Vorschriften nicht diejenigen zu verstehen sind, welche die Erbfolge bei bestandener Gütergemeinschaft regeln, §§. 634. ff. Thl. II. Tit. 1., sondern die in den §§. 500. ff. und §§. 621. ff. ibid. gegebenen gemeinrechtlichen Erbfolge-Gesetze.

Die Voraussetzungen des Plenar-Beschlusses sind im

vorliegenden Falle vorhanden und die früheren Richter, zuletzt der Appellations-Richter, haben die Klägerin mit ihrem Klageanspruche abgewiesen. Es ist dem Appellations-Richter zum Vorwurfe gemacht, daß er dadurch den §. 8. Nr. 1. und 2. l. c. verletzt habe. Die obwaltende Streitfrage ist jedoch durch den Plenar-Beschluß selbst gegen die Ansicht der Klägerin entschieden. In den Motiven des Beschlusses, auf welche verwiesen werden kann, wird ausgeführt, daß das Institut der Gütergemeinschaft dem gemeinen Rechte nicht angehöre, und, wie auch im §. 345. Tit. 1. des A. L.-Rechtes Th. II. ausgesprochen sei, seine Wurzel stets in Provinzial-Gesetzen, Statuten und Gewohnheiten habe. Bei nach dem 1. Januar 1846. eingegangenen Ehen könne daher eine gesetzliche Gütergemeinschaft nach den Vorschriften des Landrechtes nie eintreten. Das im §. 8. Nr. 2. bei älteren Ehen dem überlebenden Ehegatten gegebene Wahlrecht habe den Zweck, den Grundsatz, daß bei Erbfällen die zur Zeit des Erbfalles geltenden Gesetze entscheiden, mit den durch Eingehung der Ehe erworbenen Rechten in Uebereinstimmung zu bringen; die Wahl finde Statt zwischen den früheren Rechten und dem, durch das Gesetz vom 11. Juli 1845. neu gebildeten, Rechtszustande. Fallen sie für den letzteren aus, so könnten nur die denselben bestimmenden, als gemeines Recht geltenden, Vorschriften des Landrechtes bei Dotal-Ehen eintreten. Das Institut der ehelichen Gütergemeinschaft sei dem neugebildeten Rechtszustande völlig fremd, weshalb auf die, die Gütergemeinschaft voraussetzenden, landrechtlichen Bestimmungen nicht zurückgegangen werden dürfe.

Wenn schon in dem Plenar-Beschlusse nicht mit directen Worten ausgesprochen ist, daß, im Falle des §. 8. Nr. 2., bei getroffener Wahl über die Erbfolge nach den landrechtlichen Vorschriften, auch die Vermögens-Auseinander-

setzung unter den Eheleuten und die Constituirung des Nachlasses des Erstverstorbenen nach den das Dotal-System betreffenden erfolgen müsse, so steht doch die entgegengesetzte Ansicht der Klägerin, welche die Vorschriften des Landrechtes über Gütergemeinschaft angewendet wissen will, mit den Motiven und dem formulirten Grundsatze des Plenar-Beschlusses in einem offenbaren Widerspruche. Dieser Beschluß hat festgesetzt, daß unter den bezüglichen Vorschriften die in den §§. 500. ff., 621. ff. gegebenen gemeinrechtlichen Erbfolge-Gesetze, nicht aber die über die Erbfolge bei Gütergemeinschaft sprechenden §§. 634. ff. zu verstehen seien. In dem Abschnitte 7. Tit. 1. Thl. II. von Trennung der Ehe durch den Tod, wird über die Erbfolge: 1. aus Verträgen §. 439. ff.; 2. aus letztwilligen Verordnungen §. 481. ff.; 3. aus Provinzial-Gesetzen oder Statuten §. 495.; 4. nach gemeinen Rechten §§. 500. ff.; und 5. bei bestandener Gütergemeinschaft, §. 634, gehandelt. Unter der vierten Hauptnummer: Erbfolge nach gemeinen Rechten, §§. 500. ff., finden sich mehrere Unterabtheilungen, davon zwei die Absonderung des eigenthümlichen Vermögens des überlebenden Ehegatten, §§. 543. ff., und eine andere die Successions-Ordnung, §§. 611. ff., behandelten. Der Plenar-Beschluß hat als die zur Anwendung kommenden Gesetze die der Erbfolge nach gemeinen Rechten, §§. 500. ff., bezeichnet, und unter ihnen sind auch die über die Vermögens-Auseinandersetzung lautenden §§. 545. ff. begriffen. Es sind dagegen die Vorschriften über die Erbfolge bei Gütergemeinschaft, welche die über die Absonderung des beiderseitigen Vermögens mit enthalten, §§. 634. ff., ausdrücklich ausgeschlossen. Wäre es der Sinn des Plenar-Beschlusses, daß die Constituirung des Nachlasses nach den Vorschriften des Landrechtes über Gütergemeinschaft, die Vertheilung desselben unter die mehreren

Erben nach denen als gemeines Recht bezeichneten vorzunehmen sei, so wären allein die §§. 621. ff. von der Successions-Ordnung, nicht die §§. 500. ff., welche die Bestimmungen über die Vermögens-Auseinandersetzung mit umfassen, zu allegiren gewesen, wogegen die §§. 634. ff. nicht allgemein hätten für unanwendbar erklärt werden können. Der Ausdruck: Erbfolge ist im §. 8. Nr. 2. des neueren Gesetzes in Beziehung auf den Nachlaß eines verstorbenen Ehegatten und die Erbrechte des überlebenden in demselben weiteren Sinne gebraucht, wie im Marginale zu dem §. 438. cit., in welchem er auch die Vermögens-Auseinandersetzung in sich schließt, nicht in dem engeren, welcher im Marginale zu dem §. 621. mit „Successions-Ordnung" ausgedrückt ist.

Ganz in Uebereinstimmung mit dem Plenar-Beschlusse vom 5. November 1855., ist bereits durch einen früheren vom 2. Juni 1840. die Frage direct entschieden, ob, wenn der überlebende Ehegatte die Erbfolge nach einem neuen Gesetze wählt, die Constituirung des Nachlasses des Erstverstorbenen nach dem bei Eingehung der Ehe geltenden älteren vorzunehmen sei? Dieser Plenar-Beschluß bezog sich auf das Patent wegen Wiedereinführung der Preußischen Gesetze in das Großherzogthum Posen, welches dem überlebenden Ehegatten die Wahl zwischen den zur Zeit der geschlossenen Ehe geltend gewesenen Gesetzen oder den Vorschriften des Landrechtes über die Erbfolge bei vorhandener ehelicher Gütergemeinschaft gelassen hatte. In einem der Conflicts-Fälle, die zu demselben Anlaß gegeben hatten, war die Ehe unter der Herrschaft des Französischen Gesetzbuches eingegangen, nach demselben ein dem Ehemanne gehöriges Gut nicht in die Gütergemeinschaft gefallen. Der überlebende Ehegatte wollte nach den landrechtlichen Vorschriften über die Gütergemeinschaft erben, und diesen zu

Folge war das Gut als zur Gemeinschaft gehörig anzusehen. Von den Miterben wurde behauptet, die Vermögens-Auseinandersetzung sei nach den älteren Französischen Gesetzen, die Erbfolge nach den landrechtlichen Vorschriften zu ordnen. Der Plenar-Beschluß hat festgesetzt, daß in einem solchen Falle die Frage, was zu dem, der ehelichen Gütergemeinschaft unterworfenen, Vermögen gehöre, nicht nach den zur Zeit der Eingehung der Ehe Hinsichts der Gütergemeinschaft geltend gewesenen Grundsätzen, sondern nach den landrechtlichen Vorschriften über dieselbe zu beurtheilen sei. Solchergestalt ist als die Bestimmung des Publications-Patentes vom 9. November 1816. anerkannt, daß, unter der gedachten Voraussetzung, sowohl die eigentliche, Beerbung als die Vermögens-Absonderung nach dem neuen Gesetze stattfindet. Dasselbe muß auch für das Gesetz vom 11. Juli 1845. gelten, dessen Bestimmung im §. 8. eine der des §. 11. des allegirten Publications-Patentes ähnliche ist. Als neues Gesetz sind in Letzterem die landrechtlichen Vorschriften über Gütergemeinschaft, in ersterem die des Dotal-Rechtes eingeführt. Auf diese Verschiedenheit kann es nicht ankommen.

Dieser Auffassung ist es entsprechend, daß der Appellations-Richter die Klägerin mit dem Verlangen, die Hälfte des ehelichen Erwerbes, als zum Nachlasse gehörig, anzusehen, sie in das Nachlaß-Inventarium aufzunehmen, und zur Erbtheilung zu bringen, abgewiesen hat. Die als verletzt bezeichneten §§. 371. 372. Tit. 1. Thl. II. des A. L.-R. bestimmen als Regel für die Gütergemeinschaft, daß der Erwerb beider Ehegatten dem gemeinschaftlichen Vermögen zuwächst. Für das gemeine Erbrecht enthalten die §§. 211. 212. ib. die Grundsätze, daß der Erwerb der Frau in stehender Ehe, der Regel nach, dem Vermögen des Mannes,

was sie durch Erbschaften, Geschenke und andere Glücksfälle überkommt, dem ihrigen zugerechnet wird. Daß letzteres zum Nachlasse der Erblasserin gehöre, ist vom Verklagten nicht bestritten. Der §. 496., auf welchen sich Klägerin vielfach für ihre Ansicht berufen hat, läßt dem überlebenden Ehegatten, bei einer Veränderung des Wohnsitzes während der Ehe, die Wahl, ob er nach den Gesetzen des letzten persönlichen Gerichtsstandes des Erstverstorbenen oder nach denen des ersten Wortes der Eheleute erben wolle. Hierzu ist das Präjudiz Nr. 120. (Entscheidungen Bd. 3. S. 45.) ergangen, welches das darin verstattete Wahlrecht in dem Falle ausschließt, wenn nach den Gesetzen des ersten Wohnortes die eheliche Gütergemeinschaft eingeführt ist. Es erscheint verfehlt, wenn Klägerin daraus folgert, daß auch das im §. 8. Nr. 2. eingeräumte Wahlrecht wegfalle, sobald nach dem, durch das Gesetz vom 11. Juli 1845. außer Kraft gesetzten, älteren Provinzial-, statutarischen oder Gewohnheits-Rechte die Ehe eine gütergemeinschaftliche gewesen ist. Der §. 8. Nr. 2. giebt dem überlebenden Ehegatten bei der gesetzlichen Erbfolge das Wahlrecht, mag er in Gütergemeinschaft gelebt haben oder nicht; weicht also hierin von dem §. 496. ab.

Die §§. 755. ff. und §. 811. ff., auf welche sich Klägerin vielfach gestützt hat, passen hier ebenfalls nicht. Sie disponiren über den Fall, wenn Gütergemeinschaft obgewaltet hat, und die Ehe durch richterliche Scheidung getrennt ist. Ein solcher Fall ist hier, wo die Ehe durch den Tod der Erblasserin getrennt worden, nicht vorhanden, und fällt derselbe unter den §. 8. Nr. 1. cit., nach welchem auf ihn die zur Zeit der eingegangenen Ehe gültigen Vorschriften wegen der Vermögens-Auseinandersetzung Anwendung finden. Zu Folge des §. 8. Nr. 1. sind die letzteren auch für die Rechte

und Pflichten der Eheleute unter Lebendigen maßgebend. Diese Bestimmung bezieht sich auf das Rechtsverhältniß unter den Eheleuten, so lange beide am Leben sind. Der Appellations-Richter hat sie nicht durch unterlassene Anwendung verletzt, da es sich hier um die Beerbung der Ehefrau nach der durch ihren Tod erfolgten Ehetrennung handelt.

Ganz unzutreffend leitet Klägerin aus dem Grundsatze des §. 14. der Einl., daß neue Gesetze nicht auf vorher vorgefallene Handlungen und Begebenheiten rückwirkend anzuwenden sind, her, daß die Streitfrage das Verhältniß der Eheleute unter Lebendigen angehe, und rügt deshalb eine Verletzung dieses §. 14. Es ist die Voraussetzung eine irrige, daß schon während der gütergemeinschaftlichen Ehe die jetzt für den Nachlaß in Anspruch genommene Hälfte des gesammten ehelichen Erwerbes ein wohlerworbenes Eigenthum der Erblasserin gewesen. Es bestand daran eine Gemeinschaft der Eheleute, aber noch nicht zu ideellen Antheilen hinsichtlich der einzelnen dieser Gemeinschaft angehörenden Gegenstände. Ein Recht auf die eine Hälfte trat erst durch den Tod des einen Ehegatten für seinen Nachlaß und den Ueberlebenden ein; ist aber hier durch den §. 8. Nr. 2. und die Ausübung der dem Ueberlebenden eingeräumten Wahl, bei der Erbfolge nach dem eingeführten neuen Gesetze beurtheilt zu werden, ausgeschlossen. Zum Nachtheile des Verklagten ist den neuen Gesetzen keine rückwirkende Kraft gegeben; es stand bei ihm, welchen Gebrauch er von seinem Wahlrechte machen wollte. Für die Miterben an dem Nachlasse des Erstverstorbenen kann es nachtheilig sein, wenn der Ueberlebende die Beerbung nach dem neuen Rechte wählt. Darauf kann es indeß nicht ankommen. Der Erstverstorbene konnte diese Wahl, die nur für

die gesetzliche Erbfolge dem Ueberlebenden zugestanden ist, durch eine letztwillige Verordnung abwenden, und hat derselben seine Erben unterworfen, wenn er eine solche Verordnung nicht errichtet hat.

Die Angriffe erscheinen sonach überall grundlos, weshalb die Nichtigkeits-Beschwerde hat zurückgewiesen werden müssen.

№ 40.

Pommern. — Gütergemeinschaft.

1. Ist nach der Pommer'schen Bauer-Ordnung der überlebende Ehegatte, bei fortgesetzter Gütergemeinschaft, zu Schenkungen aus dem gütergemeinschaftlichen Vermögen zwar befugt, stehen jedoch auch den Erben des erstverstorbenen Ehegatten gegen solche Schenkungen, bei der Theilung des gütergemeinschaftlichen Vermögens, diejenigen Rechte der Anrechnung von Schenkungen auf den Antheil der Erben des zuletzt verstorbenen Ehegatten und beziehungsweise des Widerrufes, zu, welche der Ehefrau, während der Gütergemeinschaft, in den §§. 381. bis 383. Tit. 1. Thl. II. des Allg. Landrechtes eingeräumt sind?
2. Kommt es bei der communio prorogata bezüglich der gedachten Anrechnung auf den Betrag des von dem erstverstorbenen Ehegatten in die Gemein-

schaft gebrachten Vermögens, oder auf den Betrag der Hälfte des beim Tode des Erstverstorbenen vorhanden gewesenen gemeinschaftlichen Vermögens an?

Pommersche Bauer-Ordnung vom 30. December 1764. Tit. IV. §. 2. (S. von Rabe's Sammlung 2c. Bd. I. Abth. 3. S. 87.)

A. L.-R., Thl. II., Tit. 1., §§. 360. 377—383.

Dorothee St. geb. M., welche mit ihrem Ehemanne, dem Büdner Jacob St., zu Schleffin in kinderloser Ehe und in der Gütergemeinschaft nach der Pommer'schen Bauer-Ordnung gelebt hatte, starb am 27. December 1862., und hinterließ als ihre Intestaterben ihren Bruder, den Knecht Joachim M. zu Schleffin, und die Nachkommen zweier vorverstorbener Geschwister, darunter auch die jetzigen Kläger. Die Auseinandersetzung der Erben der Verstorbenen mit deren Ehemanne erfolgte nicht, da letzterer erklärte, die Gütergemeinschaft mit jenen Erben fortsetzen zu wollen. Es wurde jedoch ein Inventarium des Nachlasses der Verstorbenen aufgenommen und von dem Ehemanne der Manifestationseid abgeleistet. Nach diesem, von dem Wittwer am 23. März 1864. gerichtlich manifestirten, Nachlaßverzeichnisse gehörten zur Verlassenschaft der Dorothee St. 700. Thlr. in Camminer Kreisobligationen. Am 19. Januar 1868. starb auch Jacob St. und hinterließ seine Schwester, die jetzt verklagte Wittwe P., zu seiner alleinigen Intestaterbin. Bei der gerichtlichen Versiegelung und Inventarisirung seines Nachlasses wurden jene Camminer Kreisobligationen nicht vorgefunden, und die Erben der Dorothee St. traten bei der Nachlaß-Regulirung mit der Behauptung auf, daß Jacob St. bei seinen Lebzeiten die zum Nachlasse seiner Ehefrau gehörig gewesenen 700. Thlr. nicht nur nicht

eingezogen, sondern auch das in seiner Verwaltung befindliche Vermögen seines Schwagers Joachim M. auf Höhe von 450. Thlrn. in dergleichen Obligationen angelegt habe, daß also nunmehr 1150. Thlr. Camminer Kreisobligationen als zum Nachlasse des Jacob St. gehörig anzusehen seien. Diese Erben, Ehefrau B. und Genossen, behaupten als Kläger, daß Jacob St. die Camminer Kreisobligationen im Nominalbetrage von 1150. Thlrn., welche sie nach Litera, Nummer und Betrag speciell bezeichnen, der Verklagten übergeben habe, um sie für ihn bis dahin, daß er sie ihr abfordern werde, event. bis zu seinem Tode zu besitzen. Sie gründen hierauf ihren Principalantrag: die Verklagte zu verurtheilen, 1150. Thlr. Camminer Kreisobligationen nebst Zinscoupons seit dem 1. Januar 1869. zur Jacob und Dorothee St.'schen Nachlaßmasse an das Depositorium des Kreisgerichtes zu Greiffenberg i. P. herauszugeben.

Für den Fall aber, daß ihnen der Beweis ihrer Behauptung nicht gelingen sollte, treten Kläger der, von der Verklagten bei der Nachlaß-Regulirung aufgestellten, Gegenbehauptung: daß Jacob St. jene Kreisobligationen bei seinen Lebzeiten verschenkt und sich nur den Zinsengenuß davon vorbehalten habe, mit der Erwiderung entgegen, daß dies jedenfalls nur eine zwischen Jacob St. und der Verklagten simulirte Entäußerung gewesen, um die Erben der Dorothee St. zu Gunsten der Verklagten und ihrer Familie um den bedeutendsten Theil ihrer Rechte auf das gütergemeinschaftliche Vermögen zu bringen, daß auch Jacob St. zu der behaupteten Schenkung um so weniger befugt gewesen, als dieselbe eine übermäßige, dem Widerrufe der Frau St. und ihrer Erben unterliegende sei, und die Kreis-Obligationen sich nicht in seinem Alleineigenthume befunden hätten. Kläger berechnen den Bestand des gütergemein-

schaftlichen Vermögens, nach Abzug der dem Joachim M. zu restituirenden 450. Thlr., auf 969. Thlr. 3. Sgr. 4. Pf. Unter solchen Umständen würde, ihrer Ansicht nach, da Jacob St. mehr, als das gütergemeinschaftliche Vermögen, verschenkt hätte, die Schenkung jedenfalls auf den Antheil des Mannes zu verrechnen sein. Sie haben daher event. beantragt, die Verklagte zu verurtheilen, sich, bei der Theilung des Jacob und Dorothee St.'schen Nachlasses, die von ihrem Erblasser verschenkten 1150. Thlr. Camminer Kreis-Obligationen auf ihren Antheil anrechnen zu lassen.

Von der Verklagten ist die Abweisung der Kläger beantragt. Sie hat die gegnerischen Behauptungen bestritten, der Legitimation der Kläger zur Sache bezüglich der M.'schen 450. Thlr. widersprochen und den event. Klageantrag insbesondere deshalb für unbegründet erachtet, weil er sich nicht auf Ergänzung des eingebrachten Vermögens der Frau stütze; die Dorothee St. habe nur ein Grundstück im Werthe von 250. Thlrn. eingebracht, und da dasselbe für 880. Thlr. verkauft sei, so betrage die Masse, ohne die Kreisobligationen, über 900. Thlr.

Das Kreisgericht zu Greiffenberg in P. hat unterm 10. December 1869. auf einen Eid für die Verklagte darüber erkannt, daß ihr der Erblasser Jacob St. die in der Klage bezeichneten Camminer Kreisobligationen im Gesammtbetrage von 1150. Thlr. nicht zur Verwahrung übergeben habe. Im Nichtschwörungsfalle ist Verklagte nach dem principalen, im Schwörungsfalle nach dem eventuellen Klageantrage verurtheilt.

Auf die Appellation der Verklagten ist dies Erkenntniß von dem Appellationsgerichte zu Stettin unterm 18. Juni 1870. bezüglich des der Verklagten aufgelegten Eides und der auf den Nichtschwörungsfall festgesetzten Folge bestätigt,

im Uebrigen aber dahin abgeändert, daß Kläger im Schwörungsfalle mit ihrem Principalantrage, in jedem Falle aber mit ihrem eventuellen Antrage abzuweisen.

Der Appellationsrichter hat zur Begründung seiner Entscheidung zuvörderst, in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter, ausgeführt, daß die Kläger zur Sache legitimirt seien. Er weist sodann nach, daß der Vorderrichter mit Recht auf den für die Verklagte normirten Eid erkannt und die Folgen der Leistung, resp. Nichtleistung dieses Eides, bezüglich des principalen Klageantrages zutreffend festgesetzt habe. In Betreff des eventuellen Klageantrages pflichtet er dem ersten Richter in der thatsächlichen Feststellung: daß Jacob St. während der von ihm mit den Erben seiner verstorbenen Ehefrau fortgesetzten Gütergemeinschaft aus dem gütergemeinschaftlichen Vermögen einseitig 1150. Thlr. Camminer Kreisobligationen verschenkt habe, — zwar bei, nicht aber in der weiteren rechtlichen Ausführung. Er begründet dies folgendermaßen: Nach den Grundsätzen der Pommer'schen Bauer-Ordnung stehe dem überlebenden Ehegatten, welcher mit den Erben des Erstverstorbenen die Gütergemeinschaft fortsetze, sofern nicht in Bezug auf Grundstücke, Gerechtigkeiten und solche Capitalien, die auf den Namen des Erstverstorbenen, dessen Erblassers oder Geschenkgebers, oder auf den Namen beider Eheleute geschrieben worden, mit Rücksicht auf die §§. 360. 378. 379. Thl. II. Tit. 1. des A. L.-R., eine Ausnahme eintrete, ein uneingeschränktes Verfügungsrecht zu; denn er sei nicht blos Verwalter und Nießbraucher des gütergemeinschaftlichen Vermögens, sondern concentrire in sich, soweit nicht die vorbezeichnete Ausnahme Platz greife, als das nunmehrige alleinige Haupt des Sammtgutes, die Befugniß beider Eheleute. Wie nun auf der einen Seite Alles, was der überlebende Ehegatte durch

Glücksfälle oder sonst erwerbe, dem gütergemeinschaftlichen Vermögen zuwachse, so gehe auch, abgesehen von den vorbezeichneten Ausnahmefällen, aus dem gütergemeinschaftlichen Vermögen Alles dasjenige heraus, was der überlebende Ehegatte davon veräußere. Es gelte dies nicht blos in Bezug auf Dritte, sondern auch in Bezug auf die Gütergemeinschafts-Genossen. Nirgends lasse sich aus der Bauer-Ordnung rücksichtlich der Veräußerungen des überlebenden Ehegatten die Einschränkung ableiten, daß, wenn dieselben auch nach außen hin gültig seien, doch der überlebende Ehegatte seinen Gütergemeinschafts-Genossen, insofern sie zu deren Nachtheil gereichen, dafür aufkommen müsse, indem sie bei der Auseinandersetzung auf seinen Antheil anzurechnen seien. Eine solche Einschränkung lasse sich selbst in Bezug auf Schenkungen aus den Principien der Bauer-Ordnung nicht herleiten. Auch sei es nur eine Consequenz des Nichtbestehens einer derartigen Einschränkung, daß, wie das Ober-Tribunal im Erkenntnisse vom 17. November 1862., (Striethorst's Archiv Bd. 47. S. 179.), ausführe, Kinder nicht berechtigt seien, den parens superstes, welcher mit ihnen in Gemeinschaft der Güter auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verderb sitzen bleibe, im Falle einer schlechten Vermögensverwaltung in der Verfügung über die gemeinschaftliche Masse einzuschränken, es sei denn, daß sie eine Prodigalitäts-Erklärung begründen könnten. Aus alle dem ergebe sich, daß die Erben des erstverstorbenen Ehegatten es sich, und zwar ohne Regreßanspruch an den Ueberlebenden, gefallen lassen müßten, daß, bei der Auseinandersetzung, die gütergemeinschaftliche Masse lediglich nach dem Zustande getheilt werde, in welchem sie sich zur Zeit der Auseinandersetzung, oder doch in dem Zeitpunkte befunden, wo gesetzlich, z. B. bei einer Wiederverheirathung des Ueberlebenden, die Aus-

einanderſetzung hätte ſtattfinden ſollen. Habe demnach Jacob St. während der fortgeſetzten Gütergemeinſchaft die in Rede ſtehenden Inhaberpapiere verſchenkt, ſo könnten Kläger deshalb nicht von der Verklagten, als ſeiner Erbin, Erſatz verlangen, und nicht beanſpruchen, daß Verklagte ſich einen entſprechenden Betrag auf ihren Antheil an der gütergemeinſchaftlichen Maſſe anrechnen laſſe. Wolle man aber den überlebenden Ehegatten in der communio prorogata nicht ſchlechthin zu Schenkungen aus dem gütergemeinſchaftlichen Vermögen für befugt erachten, vielmehr bezüglich ſolcher Schenkungen, wie in einem anderen Erkenntniſſe des Ober-Tribunals vom 26. November 1866. geſchehen, die §§. 381. bis 383. Thl. II. Tit. 1. des A. L.-R. für anwendbar annehmen, ſo ſei die Klage nicht gehörig ſubſtantiirt, indem Kläger unterlaſſen hätten, auf der einen Seite den derzeitigen Beſtand der vorhandenen Theilungsmaſſe, und auf der anderen Seite den Betrag deſſen genau anzugeben, was die verehelichte St. in die Gemeinſchaft gebracht habe.

Dieſes Appellationsurtel iſt auf die von den Klägern eingelegte Reviſion vom erſten Senate des Ober-Tribunals mittelſt Erkenntniſſes vom 26. Juni 1871. in Betreff des eventuellen Klageantrages dahin abgeändert, daß Kläger im Schwörungsfalle des der Verklagten aufgelegten Eides mit dieſem eventuellen Antrage nur angebrachtermaßen abzuweiſen.

Gründe.

Es handelt ſich für die gegenwärtige Entſcheidung lediglich um die Rechtsfrage:

ob, nach der Pommer'ſchen Bauer-Ordnung, der überlebende Ehegatte bei fortgeſetzter Gütergemeinſchaft ſchlechthin, reſp. inwieweit, zu Schenkungen aus dem gütergemeinſchaftlichen Vermögen befugt iſt, und ob und

inwieweit die Erben des verstorbenen Ehegatten berechtigt sind, bei der Theilung des gütergemeinschaftlichen Vermögens eine Anrechnung solcher Schenkungen auf den Antheil der Erben des zuletzt verstorbenen Ehegatten zu verlangen.

In Betreff der nach der Pommer'schen Bauer-Ordnung fortgesetzten Gütergemeinschaft hat das Ober-Tribunal in seinen bisherigen Entscheidungen, unter welchen namentlich auf die Bd. 58. S. 253. ff. und Bd. 59. S. 184. ff. mitgetheilten, 21. Juni und vom 21. October 1867. Bezug genommen wird, ausgesprochen:

daß der überlebende Ehegatte die zur gemeinschaftlichen Vermögensmasse gehörigen Grundstücke ohne die Zustimmung seiner Gütergemeinschafts-Genossen zu veräußern nicht befugt ist,

und es hat diesen Ausspruch durch die Erwägungen begründet: daß die communio bonorum prorogata der Bauer-Ordnung einen wesentlich verschiedenen Charakter habe von derjenigen Gemeinschaft, die nach dem Tode des einen Ehegatten bis zur wirklichen Auseinandersetzung, nach dem Systeme des Allg. Landrechtes, zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen fortbestehe, daß daher auch die Befugnisse des überlebenden Ehegatten während der Dauer der communio bonorum prorogata der Bauer-Ordnung, nicht nach den Vorschriften des Allg. Landrechtes in den §§. 684. ff. Thl. II. Tit. 1. und beziehungsweise nach der Lehre vom gemeinschaftlichen Eigenthume und vom Nießbrauche im Tit. 17. und 21. Thl. I. zu beurtheilen seien; daß es dem rechtlichen Charakter der f o r t g e s e t z t e n Gütergemeinschaft entspreche, daß der überlebende Ehemann die Rechte behält, die ihm in

der ehelichen Gütergemeinschaft zugestanden; daß die Wittwe die Befugnisse des verstorbenen Ehemannes überkomme, die Berechtigungen des Ueberlebenden aber nicht ausgedehnter seien; daß auch die Bauer-Ordnung keinen Anhalt dafür biete, dem überlebenden Ehegatten in der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgedehntere Rechte einzuräumen, als dem Ehemanne in der vorausgegangenen ehelichen Gütergemeinschaft zukämen; daß aber die Bauer-Ordnung über die Dispositions-Befugnisse des Ehemannes während der ehelichen Gütergemeinschaft keine Vorschriften enthalte, und daß diese Befugnisse sich deshalb, in Gemäßheit des §. 360. Thl. II. Tit. 1. des A. L.-R., nach den subsidiären Bestimmungen des Allg. Landrechtes regeln, da in dieser Beziehung solche principielle Verschiedenheiten nicht hervorträten, welche die Anwendung der landrechtlichen Bestimmungen bedenklich machten.

Mit Rücksicht hierauf ist sonach auch der §. 378. Thl. II. Tit. 1. des A. L.-R. für die Entscheidung der obigen Frage, über die Dispositions-Befugnisse des überlebenden Ehegatten, bezüglich der in der communio prorogata zur gemeinschaftlichen Vermögensmasse gehörigen Grundstücke, maßgebend gewesen.

Eine weitere Frage: ob die nach der Pommer'schen Bauer-Ordnung in communione prorogata sitzende Wittwe zu Dispositionen über das gütergemeinschaftliche Vermögen, welche materiell für Schenkungen zu erachten, berechtigt sei? hat das Ober-Tribunal in einem Erkenntnisse vom 26. November 1866. dahin beantwortet:

> daß derselben nach der Bauer-Ordnung Schenkungen keinesweges schlechthin untersagt seien.

Zur Begründung ist dort in derselben Weise, wie vor-

hin, ausgeführt: daß der Ehefrau in der communio prorogata die nämlichen Verfügungsrechte, wie dem überlebenden Ehemanne, gebühren; daß der überlebende Ehemann in der communio prorogata dieselben Dispositions-Befugnisse behalte, wie in der ehelichen Gütergemeinschaft; daß für letztere, auch im Geltungsbereiche der Bauer-Ordnung, die §§. 377. ff. Thl. II. Tit. 1. des A. L.-R. maßgebend seien; daß in Gemäßheit des §. 377. cit. dem Ehemanne die Verwaltung des gütergemeinschaftlichen Vermögens gebühre, daß derselbe nur in den Fällen der §§. 378. und 379. das. darin beschränkt sei, und daß selbst in Bezug auf Schenkungen des Ehemannes die Frau nach den §§. 381. ff. nur unter gewissen Umständen ein Anfechtungsrecht habe.

Die zuletzt gedachte Entscheidung beruht demnach auf der Annahme, daß für die Dispositions-Befugnisse des überlebenden Ehegatten in der communio prorogata der Pommer'schen Bauer-Ordnung, soweit es sich nicht um die Ausnahmefälle der §§. 378. und 379. Thl. II. Tit. 1. des A. L.-R. handelt, die allgemeinen Bestimmungen der §§. 377. und 380., sowie die speciellen der §§. 381.—383. entscheidend sind, welche letzteren dahin lauten:

§. 381. Auch Schenkungen des Mannes aus dem gemeinschaftlichen Vermögen, kann die Frau, der Regel nach, nur in soweit anfechten, als ihr, wenn sie die Schenkung selbst gemacht hätte, der Widerruf nach den Gesetzen verstattet sein würde.

§. 382. Insofern aber der Mann durch Schenkungen, die aus bloßer Freigebigkeit herrühren, das gemeinschaftliche Vermögen, ohne Einwilligung der Frau, dergestalt erschöpft hätte, daß, nach getrennter Ehe,

die Frau nicht so viel, als sie in die Gemeinschaft gebracht hat, zurückerhalten könnte; so ist die Frau berechtigt, dergleichen Schenkungen insoweit zu widerrufen, als es zur Ergänzung des Fehlenden nothwendig ist.

§. 383. Einseitige Schenkungen des Mannes, welche die Frau nach vorstehenden Grundsätzen hätte widerrufen können, werden, wenn kein Widerruf erfolgt, bei der Auseinandersetzung unter den Eheleuten auf den Antheil des Mannes gerechnet.

Der Appellations-Richter ist jedoch über die Anwendbarkeit dieser drei Paragraphen anderer Meinung. Er nimmt zwar an, daß der überlebende Ehrgatte, welcher die Gütergemeinschaft mit den Erben des Erstverstorbenen fortsetzt, in seiner Verfügung über das gütergemeinschaftliche Vermögen, mit Rücksicht auf die §§. 360. 378. und 379. Thl. II. Tit. 1. des A. L.-R., bezüglich der Grundstücke, Gerechtigkeiten und solcher Capitalien, welche auf den Namen des Erstverstorbenen, dessen Erblassers oder Geschenkgebers, oder auf den Namen beider Eheleute geschrieben sind, eingeschränkt sei; er meint aber, daß der überlebende Ehegatte in seiner sonstigen Verfügung völlig uneingeschränkt sei. Denn, wie auf der einen Seite Alles, was derselbe durch Glücksfälle oder sonst erwerbe, dem gütergemeinschaftlichen Vermögen zuwachse, so gehe auch, abgesehen von den vorbezeichneten Ausnahmefällen, aus dem gütergemeinschaftlichen Vermögen Alles dasjenige heraus, was der überlebende Ehegatte davon veräußere. Es gelte dies nicht blos in Bezug auf Dritte, sondern auch in Bezug auf die Gütergemeinschafts-Genossen. Nirgends lasse sich aus der Bauer-Ordnung rücksichtlich der Veräußerung des überlebenden Ehegatten die Einschränkung ableiten, daß, wenn dieselben

auch nach Außen hin gültig seien, doch der überlebende Ehegatte seinen Gütergemeinschafts-Genossen, insofern sie zu deren Nachtheil gereichen, dafür aufkommen müsse, indem sie bei der Auseinandersetzung auf seinen Antheil anzurechnen seien; eine solche Einschränkung lasse sich selbst in Bezug auf Schenkungen aus den Principien der Bauer-Ordnung nicht herleiten.

Der Appellations-Richter erachtet somit die subsidiären Bestimmungen der §§. 378. 379. 380., nicht aber die der §§. 381. bis 383. a. a. O. für anwendbar. Der Grund indessen, welchen er dafür anführt, ist unhaltbar. Die Bauer-Ordnung enthält darüber, welche Befugnisse dem überlebenden Ehegatten während der Dauer der Ehe, — und deren Umfang ist ja auch für die fortgesetzte Gütergemeinschaft maßgebend, — keine Vorschriften, und grade hierdurch ist, in Gemäßheit des §. 360. Thl. II. Tit. 1. des A. L.-R. die Anwendbarkeit der subsidiären Bestimmungen in den §§. 377. ff. a. a. O. bedingt. Die Bestimmungen dieser Paragraphen widersprechen in keiner Weise dem Charakter der Gütergemeinschaft, wie er sich in der Pommer'schen Bauer-Ordnung darstellt, und es ist gradezu unerfindlich, warum nur die Beschränkungen der §§. 378. und 379., nicht aber die beschränkenden Bestimmungen der §§. 381. bis 383. zur Anwendung kommen sollen. Was insbesondere den Grundsatz anlangt, daß Alles, was der eine Ehegatte durch Glücksfälle oder sonst erwirbt, dem gütergemeinschaftlichen Vermögen zuwächst, aus welchem der Appellations-Richter die uneingeschränkte Befugniß des überlebenden Ehegatten, abgesehen von den Ausnahme-Bestimmungen der §§. 378. und 379. folgert, so gilt derselbe ebensowohl, wie nach der Bauer-Ordnung, auch nach dem §. 372. a. a. O. Daß aber für den

Geltungsbereich der Bauer-Ordnung mit diesem Grundsatze die Bestimmungen der §§. 381.—383. a. a. O., welche den Widerruf und die Anrechnung der Schenkungen des Ehemannes aus dem gütergemeinschaftlichen Vermögen betreffen, unvereinbar seien, hat der Appellations-Richter nirgends nachgewiesen. Die Consequenz, welche derselbe aus dem diesseitigen Erkenntnisse vom 17. November 1862. (Striethorst's Archiv Bd. 47. S. 179.) zieht, ist unzutreffend. Wenn dort ausgeführt ist, daß Kinder nicht berechtigt sind, den parens superstes, welcher mit ihnen in Gemeinschaft der Güter auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verderb sitzen geblieben, im Falle einer schlechten Vermögens-Verwaltung in der Verfügung über die gemeinschaftliche Masse einzuschränken, es sei denn, daß sie eine Prodigalitäts-Erklärung begründen könnten, so ist damit den Erben des verstorbenen Ehegatten eine Berechtigung zur Einschränkung des Verfügungsrechtes des überlebenden Ehegatten abgesprochen, für welche sich weder in den, der Bauer-Ordnung zum Grunde liegenden, Principien, noch in den §§. 360. ff. a. a. O. ein gesetzlicher Anhalt findet, während diejenige Beschränkung, welche hier in Frage ist, auf der ausdrücklichen Bestimmung der §§. 381.—381. a. a. O. beruht. Außerdem ist zwischen dem Rechte zur Einschränkung der gesammten Dispositions-Befugniß eines Individuums, vermöge dessen den zukünftigen Beeinträchtigungen entgegen getreten werden soll, und dem Widerrufe einzelner Dispositionen, welcher lediglich gegen bereits zugefügte Beeinträchtigungen gerichtet ist, ein derartiger Unterschied, daß von dem Nichtvorhandensein der Berechtigung zu ersterer ein Schluß auf die Nichtberechtigung zu letzterer unzulässig ist.

Die analoge Anwendung der für fideicommissarische Substitutionen in den §§. 468. 469. Thl. I. Tit. 12. des A. L.-R. gegebenen Bestimmungen, welche letzteren Kläger für anwendbar erachten, ist bei dem völlig verschiedenen Charakter des eben genannten Rechtsinstitutes von dem des hier in Rede stehenden, unbedingt zu verwerfen.

Ist hiernach dabei stehen zu bleiben, daß die §§. 381. bis 383. Thl. II. Tit. 1. des A. L.-R. für die Schenkungen, welche der Ehemann während des Bestehens der ehelichen Gütergemeinschaft, oder der überlebende Ehegatte während des Bestehens der communio prorogata, vorgenommen hat, im Geltungsbereiche der Pommerschen Bauer-Ordnung maßgebend sind, so muß die Annahme des Appellations-Richters: daß die Erben des erstverstorbenen Ehegatten es sich, ohne Regreßanspruch an den Ueberlebenden, gefallen lassen müssen, daß bei der Auseinandersetzung die gütergemeinschaftliche Masse lediglich nach dem Zustande beurtheilt werde, in welchem sie sich zur Zeit der Auseinandersetzung, oder doch in dem Zeitpunkte befunden habe, wo gesetzlich die Auseinandersetzung hätte stattfinden sollen; daß also, wenn im vorliegenden Falle Jacob St., während der Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit den Erben seiner Ehefrau, aus der gütergemeinschaftlichen Masse ein Capital von 1150. Thlrn. in Inhaberpapieren verschenkt habe, Kläger nicht berechtigt seien, von der Verklagten, der Erbin des St., Ersatz zu verlangen, oder die Anrechnung eines entsprechenden Betrages auf den Antheil derselben an der gütergemeinschaftlichen Masse zu beanspruchen, für ungerechtfertigt und für nicht dazu angethan erachtet werden, die Abweisung der Kläger mit ihrem eventuellen Klageantrage zu begründen.

Dagegen ist der weiteren eventuellen Begründung des

Appellations-Richters, welche sich den obigen, in den diesseitigen Erkenntnissen vom 21. Juni und 21. October 1867. entwickelten, Grundsätzen überall anschließt, beizutreten. Dem überlebenden Ehegatten, welcher mit den Erben des Erstverstorbenen die Gütergemeinschaft nach der Pommerschen Bauer-Ordnung fortsetzt, sind zwar Schenkungen keineswegs schlechthin untersagt, den Gütergemeinschafts-Genossen stehen jedoch, dergleichen Schenkungen gegenüber, die Rechte des Widerrufes, resp. der Anrechnung bei der Auseinandersetzung zu, welche der Ehefrau bei der ehelichen Gütergemeinschaft in den §§. 381.—383. citt. eingeräumt sind, und sie können diese Rechte nicht blos bei einer Theilung mit dem conjux superstes selbst, sondern auch bei einer Theilung mit den Erben des letzteren geltend machen, da es sich hierbei um ein reines Vermögensrecht handelt. Im vorliegenden Falle ist ein Widerruf nicht erfolgt, und es ist von den Klägern nicht behauptet, daß ein Widerruf auf Grund des §. 381. a. a. O. zulässig gewesen wäre. Es kommt daher, wie der Appellations-Richter mit Recht annimmt, nach dem §. 382. das. darauf an, ob durch die einseitige, aus bloßer Freigebigkeit herrührende Schenkung des Jacob St. die gütergemeinschaftliche Masse dergestalt erschöpft ist, daß die Gütergemeinschafts-Genossen nicht so viel zurückerhalten können, als ihre Erblasserin, die verehelichte St., in die Gemeinschaft gebracht hat. In Höhe des fehlenden Betrages würde die Verklagte nach dem §. 383. sich die Anrechnung der Schenkung auf ihren Antheil an der Theilungsmasse gefallen lassen müssen. Wenn Kläger hiergegen erinnern, daß es bei der communio prorogata bezüglich der Anrechnung nicht auf den Betrag des von ihrer Erblasserin in die Ehe gebrachten Vermögens, sondern auf

den Betrag der Hälfte des beim Tode ihrer Erblasserin vorhanden gewesenen gemeinschaftlichen Vermögens ankomme, weil nach der Bauer-Ordnung die Hälfte dieses Vermögens mit dem Tode ihrer Erblasserin ihnen angefallen, von ihnen also diese Hälfte in die fortgesetzte Gütergemeinschaft eingebracht sei, so ist dies verfehlt. Mit dem Tode des einen Ehegatten wird nach der Bauer-Ordnung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen nicht eine neue Gütergemeinschaft begründet, sondern die durch die Eingehung der Ehe entstandene fortgesetzt, und aus dem Begriffe der Fortsetzung der Gütergemeinschaft ergiebt sich, daß bei derselben nur von einer Aenderung in dem einen der Subjecte, nicht aber in dem Objecte der Gemeinschaft die Rede sein kann. Wollte man das Gegentheil annehmen und, neben der Aenderung in dem einen der Subjecte, auch eine solche in dem Objecte zulassen, so würde eben nicht eine fortgesetzte, sondern eine neu constituirte Gütergemeinschaft vorliegen. Es ist demnach unrichtig, wenn die Kläger die Hälfte der beim Tode ihrer Erblasserin vorhandenen gütergemeinschaftlichen Masse als ein Einbringen ihrerSeits in die communio prorogata bezeichnen. Wie aber durch die Fortsetzung der Gütergemeinschaft auf den überlebenden Ehemann, den Gütergemeinschafts-Genossen gegenüber, nur diejenigen Dispositions-Befugnisse über die gütergemeinschaftliche Masse übergehen, welche ihm, der Ehefrau gegenüber, während der ehelichen Gütergemeinschaft zustanden, so stehen auch bei der communio prorogata den Gütergemeinschafts-Genossen nur diejenigen Befugnisse, dem überlebenden Ehemanne gegenüber, zu, welche ihrer Erblasserin während der ehelichen Gütergemeinschaft dem Ehemanne gegenüber gebührten. Die hier in Rede stehende Befugniß beschränkt aber der §. 382. auf das ursprünglich in die

Gemeinschaft Eingebrachte, und da von einem Einbringen der Gütergemeinschafts-Genossen in die communio prorogata begriffsmäßig nicht die Rede sein kann, so ist die obige Annahme des Appellations-Richters wohlbegründet. Demselben ist schließlich auch darin beizutreten, daß der eventuelle Klageantrag, in Gemäßheit der §§. 382. 383. a. a. O., nicht gehörig substantiirt ist. Denn die Kläger haben in der Klage nur beiläufig bemerkt, daß das für 200. Thlr. erkaufte Grundstück Schleffin Nr. 12. von ihrer Erblasserin in die Gütergemeinschaft eingebracht sei, und erst in der Appellations-Beantwortung, jedoch ohne Angabe von Beweismitteln, eventuell behauptet, daß ihre Erblasserin jedenfalls einen Erbtheil von 400. Thlrn. inferirt habe, mit welchem das Grundstück gekauft worden. Es fehlt somit an dem Maßstabe, nach welchem das an dem Eingebrachten Fehlende zu bestimmen wäre. Dagegen läßt sich aus der in Vorstehendem für zutreffend anerkannten eventuellen Begründung des Appellations-Richters nur eine Abweisung des eventuellen Klageantrages in der angebrachten Art rechtfertigen, während der principale Entscheidungsgrund des Appellations-Richters darauf hinweist, daß dieser Richter unter der in der Erkenntniß-Formel ausgesprochenen Abweisung eine definitive verstanden hat.

Hiernach war das Appellations-Urtel, wie geschehen, abzuändern.

№. 41.

Jagdbezirk.

Unterbricht eine Eisenbahn, welche einen Jagdbezirk durchschneidet, den Zusammenhang desselben dergestalt, daß der Besitzer der getrennten Ländereien zur eigenen Ausübung des Jagdrechtes auf seinem Grund und Boden nicht befugt ist?

Jagd-Polizei-Gesetz vom 7. März 1850. §. 2. (Ges.-S. S. 165.)

Das Jagd-Polizei-Gesetz vom 7. März 1850. verordnet:

§. 2. Zur eigenen Ausübung des Jagdrechtes auf seinem Grund und Boden ist der Besitzer nur befugt:

a) auf solchen Besitzungen, welche in einem oder mehreren an einander grenzenden Gemeindebezirken einen land- oder forstwirthschaftlich benutzten Flächenraum von wenigstens dreihundert Morgen einnehmen und in ihrem Zusammenhange durch kein fremdes Grundstück unterbrochen sind; die Trennung, welche Wege oder Gewässer bilden, wird als eine Unterbrechung des Zusammenhanges nicht angesehen.

In einem solchen Zusammenhange befinden sich, nach der Behauptung des Klägers, die ihm gehörigen Grundstücke Flur I. Nr. 50. und Nr. 68. und seine übrigen Grundstücke in einem Flächenraume von mehr, als dreihun-

dert Morgen, in der Flur der Catastral-Gemeinde W. Er hält sich daher zur Ausübung der Jagd auf dem gedachten Grundstücks-Complexus gesetzlich für berechtigt.

Diese Befugniß wird ihm aber von dem Verklagten bestritten, welchem die Gemeindevertretung von W., mittelst Vertrages vom 1. September 1868., die Jagd bis zum 1. September 1871. verpachtet hat. Verklagter hat den Einwand erhoben, daß der angegebene Zusammenhang der Grundstücke des Klägers nicht vorhanden sei, weil eine Unterbrechung namentlich durch die, den Grundstücks-Complexus durchschneidende, Westphälische Eisenbahn, bewirkt werde. Der Kläger ist jedoch der vom Verklagten bestrittenen Ansicht, daß die Eisenbahn und der Eisenbahnkörper als Weg anzusehen sei und das oben allegirte Gesetz keinen Unterschied gestatte, vielmehr in keinem Falle ein Weg eine Unterbrechung herstelle.

Der Appellations-Richter hat, in Bestätigung des Erkenntnisses erster Instanz, den Kläger abgewiesen, indem er der Ansicht ist, daß der fragliche Flächenraum in seinem Zusammenhange durch den Eisenbahnkörper eine Trennung erfahren habe, und unter den Wegen, welche das Gesetz zur Unterbrechung des Zusammenhanges nicht für geeignet erklärt, nur Wege, welche dem Jagdberechtigten selbst gehören, oder öffentliche Wege, welche Jeder das Recht zu betreten hat, zu verstehen seien, indem das Jagd-Polizei-Gesetz den Adjacenten eine Wegeberechtigung weder verliehen habe, noch habe verleihen wollen.

Der Kläger und Implorant hat daher seinen hauptsächlichen Angriff gegen das Appellations-Urtel mit der Beschuldigung erhoben, daß der §. 2. littr. a. des Jagd-Polizei-Gesetzes vom 7. März 1850. und der Rechtsgrundsatz, daß, wo das Gesetz nicht unterscheidet, auch der

Richter nicht unterscheiden darf, durch Nichtanwendung verletzt sei.

Die hiernach erhobene Nichtigkeits-Beschwerde des Klägers ist als begründet befunden und im Erkenntnisse des zweiten Senates des Ober-Tribunals vom 29. Juni 1871. das Urtel des Appellations-Gerichtes zu Paderborn vom 24. Juni 1870. vernichtet, und auf die Appellation des Klägers, das Erkenntniß des Kreisgerichtes zu Warburg vom 26. November 1869. in der Sache selbst dahin geändert:

Daß Kläger für wohlbefugt zu erachten, auf seinen Grundstücken Flur I. Nr. 50. und 68. der Catastral-Gemeinde W. die Jagd auszuüben, der Verklagte dagegen dazu für nicht befugt zu erachten.

Es lauten die

Gründe.

Die Nichtigkeits-Beschwerde mußte für begründet erachtet werden. Denn wenn auch der Eisenbahnkörper, welcher das Areal des Klägers durchschneidet, unzweifelhaft ein Grundstück, und ein fremdes Grundstück ist, so ist die Eisenbahn doch eben so unzweifelhaft ein Weg, und das Gesetz verordnet ausdrücklich, daß die Trennung, welche Wege bilden, als eine Unterbrechung des Zusammenhanges nicht angesehen werden soll. Das Gesetz macht auch in keiner Art einen Unterschied unter den Wegen, so daß die Distinctionen, welche die vorigen Richter aufgestellt haben, als unberechtigt erscheinen. Vielmehr ergeben die Worte des Gesetzes, daß, wenn auch der das Areal trennende oder durchschneidende Weg im fremden Eigenthume sich befindet, also ein fremdes Grundstück ist, durch dasselbe eben aus dem Grunde keine Trennung bewirkt werden soll, weil es ein Weg ist.

Bei dieser Begründetheit der Richtigkeits = Beschwerde entscheidet auch der Grund der Vernichtung des Appellations-Urtels zugleich die Hauptsache, indem daraus die Verurtheilung des Verklagten nach dem Klageantrage folgt. Was in dieser Richtung von den Parteien noch angeführt ist, mußte als unerheblich außer Betracht bleiben.

№ 42.

Armenpflege.

1. Muß, wenn zwischen zwei Armenverbänden wegen Uebernahme der Fürsorge für einen Armen die gesetzlich vorgeschriebene Entscheidung der Landes-Polizei-Behörde ergangen ist, der durch dieselbe für verpflichtet erklärte Armenverband, welcher nun einen dritten Armenverband auf Abnahme dieser Fürsorge in Anspruch nehmen will, vor Anstellung dieser Klage noch eine Entscheidung der Landes-Polizei-Behörde erwirken?
2. Müssen die vorübergehenden Verhältnisse, durch welche eine dreijährige Abwesenheit eines Verarmten von dem Orte, an welchem er seinen Unterstützungs-Wohnsitz hatte, veranlaßt worden ist, wenn durch dieselben das Erlöschen der Fürsorgepflicht des Armenverbandes jenes Ortes gehindert werden soll, schon zur Zeit des Verlassens jenes Ortes obgewaltet und mit dem Verlassen

desselben in einem ursachlichen Zusammenhange gestanden haben?

Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. December 1842. §§. 4. 33. 34. (Ges.-S. 1843. S. 8.)

Verordnung vom 14. December 1833. §. 5. Nr. 8. (Ges.-S. S. 302.)

Die unverehelichte Dorothea G. hat ihren Heimathsort S., mit Zurücklassung eines unehelichen Kindes, welches bis zum Jahre 1863. auf Kosten des dortigen Armenverbandes verpflegt worden ist, verlassen, ist seit dem 1. Januar 1851. bis zum 21. October 1865. von dort entfernt gewesen, hat sich während dieser Zeit in gerichtlichen und polizeilichen Gefängnissen, sowie in öffentlichen Kranken-Anstalten, im Ganzen 12. Jahre 5. Monate und 25. Tage, befunden, und ist im Jahre 1865. im Gesindedienste in der Stadt Str. erkrankt und seit dem 21. Juli in dem dortigen Krankenhause auf öffentliche Kosten verpflegt worden. Der Orts-Armenverband von St. nahm den gutsherrlichen (fiscalischen) Armenverband von S. wegen Erstattung der betreffenden Pflegekosten, sowie wegen fernerer Abnahme der Fürsorge für die G., in Anspruch, wurde damit durch das Resolut der Regierung zu Potsdam vom 14. Juli 1866. abgewiesen, und machte demnächst den gleichen Anspruch gegen den Land-Armenverband der Churmark geltend, worauf die gedachte Regierung durch das anderweite Resolut vom 22. Januar 1868. entschied: daß letzterer schuldig, die vom 21. October 1865. ab durch die Kur und Verpflegung der G. erwachsenen Kosten dem Armenverbande von St. zu erstatten und demselben die fernere Fürsorge für die G. abzunehmen.

Die Land-Armendirection der Churmark hat gegen dieses Resolut den Rechtsweg, nicht gegen den Armenverband von St., den sie selbst nicht zur Fürsorge für die G. für verpflichtet hält, sondern gegen den gutsherrlichen Armenverband von S., beschritten, und wider diesen mit dem Antrage geklagt: unter Aufhebung des Resolutes vom 22. Januar 1868., denselben zu verurtheilen, die durch die Pflege der G. ihr erwachsenen und noch erwachsenden, im Verwaltungswege festzusetzenden, Kosten ihr zu erstatten und ihr die Fürsorge für die G. abzunehmen. Mehrfacher Einwendungen des durch die Regierung zu Potsdam vertretenen verklagten fiscalischen Armenverbandes ungeachtet, ist derselbe durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichtes zu Potsdam vom 6. October 1869. und des Kammergerichtes vom 14. Juli 1870., dem Antrage der Klägerin gemäß, verurtheilt, und auch die gegen das Appellations-Erkenntniß von ihm noch eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist vom ersten Senate des Ober-Tribunals am 7. Mai 1871. zurückgewiesen worden. Die dabei, unter Anderen, mit zu entscheiden gewesenen, oben aufgeworfenen beiden Fragen, sind verneinend beantwortet worden, aus folgenden

Gründen.

I. Der Verklagte hat der Klage den Präjudicial-Einwand der Incompetenz des Gerichtes entgegengesetzt, weil die Landes-Polizeibehörde über die Verpflegungslast zwischen den Parteien die Entscheidung, welche nach dem §. 34. des Armenpflege-Gesetzes vom 31. December 1842. dem Rechtswege nothwendig vorausgehen müsse, noch nicht getroffen habe. Der Appellations-Richter aber hat diesen Einwand verworfen, weil jene Entscheidung, welche der Klage allerdings vorausgehen müsse, im vorliegenden Falle bereits getroffen sei, und zwar in den Regierungs-Resoluten vom

14. Juli 1866. und vom 22. Januar 1868., von denen das erste zwischen dem Armenverbande von St. und dem jetzt Verklagten, das zweite aber zwischen dem gedachten Armenverbande und der Klägerin ergangen sei. Der Appellations-Richter hat nämlich angenommen, daß, nach Inhalt der gedachten beiden Resolute, in denen es sich objectiv um eine und dieselbe Verbindlichkeit, die Fürsorge für die unverehelichte G., handele, die Regierung nicht blos unter der Voraussetzung, sondern unter ausdrücklicher Festsetzung, daß diese Fürsorge einem Orts-Armenverbande nicht weiter obliege, entschieden habe: zur Ab-, resp. Uebernahme der Fürsorge für die G. sei weder der Verklagte, noch der Armenverband St., wohl aber die Klägerin — ein Land-Armenverband — verpflichtet. Und er hat dann weiter ausgeführt, daß die Klägerin, da der Armenverband St. unzweifelhaft und unbestritten zu solcher Fürsorge definitiv nicht verbunden sei, ein anderes wirksames Rechtsmittel gegen das Resolut vom 22. Januar 1866., wodurch sie für schuldig erklärt ist:

dem Armenverbande von St. die vom 21. October 1865. für die unverehelichte G. erwachsenen Kur- und Verpflegungskosten zu erstatten, und demselben die fernere Fürsorge für dieselbe abzunehmen,

nicht gehabt habe, als die, wie geschehen, gegen den verklagten (Orts-) Armenverband gerichtete Klage, weil die beiden, sich eben gegenseitig ergänzenden, Resolute der Regierung zu Potsdam, deren Ansicht dahin: daß der Verklagte überhaupt weder der Gemeinde St., noch der Klägerin gegenüber, zur Verpflegung der G. verbunden gewesen sei, festgestellt hätten, und er hat dann schließlich gesagt:

„Einer nochmaligen resolutorischen formellen Entscheidung

zwischen den jetzt streitenden Parteien habe es daher nicht bedurft."

Dieser Argumentation gegenüber, rügt die Nichtigkeits-Beschwerde die Verletzung des §. 34. des Armenpflege-Gesetzes vom 31. December 1842., sowie einer wesentlichen Proceß-Vorschrift im Sinne des §. 5. Nr. 8. der Verordnung vom 14. Dezember 1833., und zwar, weil der Rechtsweg unter verschiedenen Armenverbänden erst dann zulässig sei, wenn von der Landes-Polizeibehörde zuvor über den Streit, und die Vorfrage, ob überhaupt, und event. von welchem Zeitpunkte ab, der Fall der öffentlichen Fürsorge vorliege, resp. vorgelegen habe? zwischen den Parteien entschieden worden, was hier noch nicht geschehen sei, da das Resolut vom 14. Juli 1866. nur den Streit zwischen dem Orts-Armenverbande von St., und dem Verklagten, das Resolut vom 22. Januar 1868. aber den Streit zwischen dem gedachten Armenverbande und der Klägerin, nicht auch einen Streit zwischen dieser und dem Verklagten entschieden habe, und weil es nicht darauf ankommen könne, ob in diesen Resoluten implicite entschieden sei, daß nicht dem Verklagten, sondern der Klägerin die Fürsorge für die unverehelichte G. obliege.

Der also erhobene Vorwurf trifft nicht zu, und die zu dessen Rechtfertigung angeführten Gründe sind nicht stichhaltig. Es kann dahin gestellt bleiben, ob der Ausführung des Appellations-Richters in jedem einzelnen Satze und Punkte beigetreten werden könnte, da sein Haupt-Entscheidungsgrund, daß, nachdem die Regierung in dem Resolute vom 22. Januar 1868. die Klägerin schuldig erklärt hat, dem Armenverbande St. die für die G. erwachsene Kur- und Pflegekosten zu erstatten und die fernere Fürsorge für dieselbe abzunehmen, es einer nochmaligen resolutorischen Ent-

scheidung der Regierung zwischen den jetzt streitenden Parteien nicht weiter bedurft habe, vollkommen richtig ist. Bereits in einem diesseitigen Erkenntnisse vom 25. Februar 1859. ist angenommen, daß der angerufene §. 34. zwar, um den Armen, welcher nach dem §. 33. gegen einen Armenverband den Rechtsweg selbst nicht beschreiten dürfe, vor dem Untergange zu schützen, der Verwaltungsbehörde die Pflicht auflege, die Unterstützung durch einen bestimmten Armenverband zu bewirken, und einen unter mehreren Armenverbänden eintretenden Streit vorläufig, und zwar mit dem Vollstreckungsrechte zu entscheiden, daß der §. 34. aber davon, daß sie, wenn sich demnächst ein dritter Armenverband ergebe, zum zweiten Male entscheiden solle, nichts besage, auch darüber nichts weiter habe anordnen können, weil mit dem einmal abgefaßten Resolute der Landes-Polizeibehörde Alles erreicht sei, was der Staat zu seinen Befugnissen und zugleich zu den gegen den Verarmten übernommenen Verpflichtungen zähle, und daß daher der in einem Resolute dieser Behörde zur Fürsorge für einen Verarmten verpflichtet erachtete Armenverband auf jeden anderen Verband, den er für mehr verpflichtet halte, zurückgehen, d. h. gegen denselben den Weg Rechtens ergreifen könne, ohne zuvor gegen diesen eine anderweite resolutorische Entscheidung der Landes-Polizeibehörde erwirken zu müssen. Und zwar lag in dem betreffenden Falle die Sache so: daß die betreffende Regierung den Streit zwischen der Dorfgemeinde M. und dem Land-Armenverbande über die Verpflichtung zur Armenfürsorge für den A. zum Nachtheile der Ersteren entschieden, daß dieselbe demnächst gegen den fiscalischen Orts-Armenverband S. auf Abnahme dieser Last geklagt, daß der verklagte Fiscus aus dem Grunde, weil zwischen ihm und der Klägerin die im §. 34. cit. verordnete

Entscheidung der Landes-Polizeibehörde noch nicht erfolgt sei, den Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges erhoben, der damalige Appellations-Richter aber diesen Einwand verworfen hatte. Die hiergegen eingelegte, auf die Rüge der Verletzung des §. 34. cit. gestützte Nichtigkeits-Beschwerde ist durch das gedachte Erkenntniß vom 25. Februar 1859. aus den erwähnten Gründen zurückgewiesen.

Die Grundsätze, auf welchen diese Entscheidung beruht, sind später auch vom Gerichtshofe zur Entscheidung der Competenz-Conflicte angenommen, und zwar in folgendem Falle. Die Familie des Tagelöhners M., welcher im Jahre 1863. von Sch. auf das Gut A., und von da wieder nach Sch., von dort aber Anfangs 1865. nach S. verzogen und hier in S. gestorben war, ist vom 1. October 1865. der öffentlichen Fürsorge anheimgefallen, und die Regierung zu Potsdam hat durch Resolut vom 13. Juli 1866., — anscheinend zu Gunsten des Armenverbandes S., — entschieden, daß der Landarmen-Verband der Churmark für den zur Zeit des Eintrittes des streitigen Bedürfnißfalles pflegeschuldigen Armenverband zu erachten und als solcher schuldig, die Kosten der Verpflegung der Familie M. zu erstatten, resp. zu übernehmen, weil die Armenverbände von Sch., von A. und von S. zu solcher Fürsorge nicht verbunden seien. Der vom Landarmen-Verbande gegen den gutsherrschaftlichen Armenverband A. auf Uebernahme der Verpflegungspflicht für die Familie M. angestellten Klage wurde vom Verklagten der Einwand der Unzulässigkeit des gerichtlichen Verfahrens erhoben, ebenfalls lediglich aus dem Grunde: weil über das Rechtsverhältniß des Landarmen-Verbandes zum Dominium A. noch keine administrative Entscheidung vorangegangen, dem Dominium S. gegenüber, aber die Entscheidung der Regierung nicht angegriffen sei, auch

nicht habe angegriffen werden sollen. In dem diesfälligen Processe hat die Regierung zu Potsdam, welche ebenfalls der Meinung war, daß, ehe der Rechtsweg zugelassen werden könne, zwischen den beiden sich gegenüberstehenden Armenverbänden von ihr entschieden werden müsse, den Competenz-Conflict erhoben, jedoch ohne Erfolg. Denn der gedachte Gerichtshof hat in seinem Erkenntnisse vom 9. October 1869. (J.-M.-Bl. 1869. S. 237.—240.) den Rechtsweg in dieser Sache für zulässig geachtet, und zwar, unter Hinweisung auf die Gründe des erwähnten diesseitigen Urtels vom 25. Februar 1859., auf die, einen ziemlich klaren Ausspruch des Gesetzgebers: daß die Regreßklage des einen Armenverbandes gegen den anderen, nach einmal erfolgter administrativer Festsetzung nicht von einer neuen Entscheidung der Verwaltungs-Behörde abhängig sein solle, enthaltende Vorschrift des Art. 3. des Zusatz-Gesetzes vom 21. Mai 1855. (G.-S. S. 311.),

> wonach derjenige Verband, der die vorläufige Unterstützung eines aus dem Auslande zurückgekommenen Armen zu übernehmen gehabt, nach seiner Wahl gegen den aus privatrechtlichem Verhältnisse Verpflichteten oder gegen den verpflichteten Armenverband klagen könne,

und endlich darauf, daß das Verfahren, welches, nach der Meinung der Regierung, statt finden solle, auf eine Bahn führe, welche nimmermehr zum Ziele führen könne, und daß in den Gesetzen auch nicht entfernt ein Anhalt aufzufinden sei, wonach es einem Kläger zur Pflicht zu machen wäre, anstatt denjenigen, den er für den Verpflichteten erachtet, in Anspruch zu nehmen, zuvor einem Andern gegenüber, auf dessen Antrag er verurtheilt worden, auszuführen, daß er und zwar deshalb zu Unrecht verurtheilt worden, weil ein Dritter, der in dem Processe mit dem ersten Kläger gar

nicht einmal zu hören gewesen, der Verpflichtete sei. Von diesen Grundsätzen abzugehen, liegt keine Veranlassung vor, und namentlich ist vom Verklagten nichts vorgebracht, was dazu führen könnte. Er beruft sich zwar, zur Unterstützung des gegen die Ausführung des Appellations-Richters erhobenen Angriffes, auf das diesseitige Präjudicat vom 5. October 1864. (Archiv, Bd. 55. S. 240.); übersieht aber, indem er aus einzelnen in dessen Gründen enthaltenen Worten, anscheinend verführt durch die Redaction des Archives, abstracte Grundsätze herleiten zu können meint, ebenso den Zusammenhang, in welchem diese Worte gebraucht sind, als die gänzliche Verschiedenheit des damaligen und des jetzt vorliegenden Falles. (Dies wird dann näher ausgeführt.)

II. Der Appellations-Richter hat, auf Grund der Feststellung, daß die G. während der Zeit von 14. Jahren 9. Monaten und 21. Tagen, welche sie nach ihrer Großjährigkeit von S. abwesend gewesen ist, 12. Jahre 5. Monate und 25. Tage sich in Gefängnissen, im Polizei-Gewahrsam, in Arbeitshäusern und öffentlichen Kranken-Anstalten befunden hat, angenommen, daß dieser Zeitraum, nach dem §. 4. des Armenpflege-Gesetzes vom 31. December 1842., von der Zeit der Abwesenheit der G. in Abzug kommen müsse, und daß sie hiernach im Sinne dieses Gesetzes am 21. October 1865. erst 2. Jahre 3. Monate 26. Tage von S. abwesend gewesen sei, mithin damals ihr Hülfsdomicil daselbst noch nicht verloren gehabt habe. Dieser §. 4. lautet:

Die durch die Vorschriften des §. 1. — (für die Fälle ausdrücklicher Aufnahme als Gemeindeglied, Erwerbung eines Wohnsitzes, oder dreijährigen Aufenthaltes in der Gemeinde nach erlangter Großjährigkeit vor dem Hervortreten der Hülfsbedürftigkeit) — bestimmte Ver-

pflichtung der Gemeinde — (zur Fürsorge für einen Armen) — erlischt, wenn der Verarmte nach erlangter Großjährigkeit seit drei Jahren aus der Gemeinde abwesend ist. Eine Ausnahme hiervon findet statt, wenn die Abwesenheit durch blos vorübergehende Verhältnisse, insonderheit durch den Betrieb eines nicht stehenden Gewerbes, durch Erfüllung der allgemeinen Militairpflicht, durch Abbüßung einer zeitigen Freiheitsstrafe 2c. veranlaßt worden ist.

Der Appellations-Richter ist zunächst der Meinung, daß nicht blos die von der G. verbüßten Freiheitsstrafen, sondern auch die Zeiträume, in denen sie sich in anderweiter Haft, im Polizei-Gewahrsam, im Arbeitshause und in Kranken-Anstalten befunden habe, als Ausnahmezeiten im Sinne dieses §. 4. angesehen werden müßten, da der letztere diejenige Zeit der Abwesenheit nicht berechnet wissen wolle, während welcher der Verarmte durch vorübergehende Verhältnisse behindert gewesen, an seinen Wohnort zurückzukehren, selbst, wenn er den Willen zur Rückkehr gehabt; denn etwas anderes bedeuteten die Schlußworte des Paragraphen nicht. Der Appellations-Richter führt weiter aus, daß, weil der Wille, als solcher, ein Internum sei, das Gesetz angeordnet habe, dem Verarmten solle in jedem Falle, wo er sich in solchen Verhältnissen befinde, welche ihn an der Rückkehr in seine Heimat und an der Ausführung seines Willens zur Rückkehr abhielten, der Zeitraum, während dessen solche Verhältnisse vorhanden gewesen seien, auf seine Abwesenheitsdauer nicht angerechnet werden.

Verklagter rügt, dieser Ausführung gegenüber, die Verletzung des §. 4. cit. und stützt den Vorwurf wesentlich darauf: daß die Verhältnisse, aus welchen, einer dreijährigen

Abwesenheit ungeachtet, das frühere Hülfsdomicil eines großjährigen Menschen bestehen bleiben könne (richtiger: solle), nämlich:

1. weil dem Hülfsbedürftigen, als er das frühere Domicil verlassen, nicht die freie Wahl seines Aufenthaltes zugestanden habe,

und

2. weil die Umstände, unter denen der Hülfsbedürftige das frühere Domicil verlassen habe, nur vorübergehende gewesen seien und daher, nach dem §. 4., den Schluß auf die mangelnde Absicht der Rückkehr nicht gestatteten;

in beiden Fällen zur Zeit des Verlassens des Domiciles obgewaltet und mit dem Verlassen in ursachlichem Zusammenhange gestanden haben müßten, da sie, wenn sie erst später eingetreten, nicht die Veranlassung der Abwesenheit bildeten, sofern nicht positiv nachgewiesen werde, daß der Hülfsbedürftige die ernste Absicht der Rückkehr gehabt habe, und daß deren Ausführung nur durch die fraglichen Umstände vereitelt worden. Durch diese Deductionen werden jedoch in keiner Weise die Grundsätze widerlegt, welche über den Sinn des §. 4. cit. diesseits angenommen worden sind. Darüber hat sich schon ein Erkenntniß vom 13. Januar 1868. dahin ausgesprochen: Der §. 4. bestimme für das Erlöschen des Armen-Domiciles eine Abwesenheit von dreijähriger Dauer, nehme davon aber aus, wenn die Abwesenheit durch blos vorübergehende Verhältnisse veranlaßt worden. Damit könne nicht wohl gemeint sein, daß das vorübergehende Verhältniß, (z. B. die Verbüßung einer Freiheitsstrafe), die ganzen drei Jahre ununterbrochen gedauert haben müsse; unter diesen Worten werde daher nicht die dreijährige Abwesenheit, in ihrer ununter-

brochenen Dauer, sondern überhaupt nur ein Theil jener Abwesenheit verstanden werden müssen, so daß jeder Abschnitt, während dessen der Verarmte nur durch vorübergehende Verhältnisse entfernt gehalten worden, von der Dauer der Abwesenheit in Abzug zu bringen sei. Das Erkenntniß verweist dabei auf ein früheres diesseitiges Urtel vom 21. November 1860., worin ausgeführt ist: Der §. 4. cit. habe unter dem Worte „veranlaßt", im Falle der Verbüßung einer zeitigen Freiheitsstrafe, nicht eine Strafe verstehen wollen, mit deren Abbüßung die Abwesenheit ihren Anfang genommen habe, sondern habe nur die Strafzeit nicht als Abwesenheitszeit angesehen wissen wollen; das Wort: „veranlaßt" lasse das Gegentheil nicht erkennen, werde vielmehr durch den Ausdruck: „zeitige" verdeutlicht; das Gesetz habe sonach jede Freiheitsstrafe für ein vorübergehendes Verhältniß erklärt, welche in der Zeit der Abwesenheit, eben sowohl am Anfange, als im Fortlaufe derselben, abzubüßen gewesen sei; — und es spricht sich dann ganz bestimmt dahin aus: „Der im §. 4. gebrauchte Ausdruck „wenn die Abwesenheit veranlaßt worden", nöthige keinesweges zu der Folgerung, daß jenes vorübergehende Verhältniß mindestens beim Beginne der Abwesenheit obgewaltet, die Entfernung erst herbeigeführt haben müsse. Hätte dies in der Absicht des Gesetzes gelegen, so würde dies auch in bestimmter und mehr unzweideutiger Weise ausgedrückt worden sein. In dem Worte „veranlaßt" sei irgend eine Zeitbestimmung nicht enthalten, und in dem Satze: wenn die Abwesenheit veranlaßt worden, sei auch keine Andeutung dafür zu finden, daß sie in den Anfangspunkt der drei Jahre fallen müsse.

An diesen Grundsätzen ist um so mehr festzuhalten, als der §. 4. das Eintreten der Ausnahme-Bestimmung

von der an die Spitze gestellten Regel, lediglich von dem Vorhandensein thatsächer Verhältnisse, durch welche die Abwesenheit zeitweise vorübergehend veranlaßt worden ist, d. h. in welchen sie ihren äußerlich erkennbaren Grund gehabt hat, abhängig gemacht, nicht aber von dem Nachweise, daß der Arme den Willen zur Rückkehr in seine Heimath gehabt habe, an dessen Ausführung aber allein durch das betreffende vorübergehende Verhältniß verhindert worden sei. Verklagter hält sogar den Nachweis „ernster" Absicht der Rückkehr für nothwendig, und macht dadurch selbst darauf aufmerksam, zu welcher bedenklichen Casuistik die von ihm versuchte Auslegung des §. 4. cit. führen würde und müßte. In dem mehrgedachten diesseitigen Erkenntnisse vom 12. Januar 1868. ist ebenfalls bereits angenommen, daß die Ausführung: die Detention in einem Landarmenhause sei der Strafverbüßung gleich, und wie die Verbüßung einer Freiheitsstrafe für ein blos vorübergehendes Verhältniß zu achten, weil beides Freiheits-Entziehungen seien und eben das Gemeinsame hätten, daß der Verarmte in dem Landarmenhause eben so, wie in dem Gefängnisse wider seinen Willen zurückbehalten sei, — mit dem §. 4. cit. nicht im Widerspruche stehe. Es kann daher auch als ein rechtsgrundsätzlicher Verstoß gegen dieses Gesetz nicht angesehen werden, wenn der Appellations-Richter die Detention der G. im Polizei-Gewahrsam und im Arbeitshause für vorübergehende Verhältnisse, welche zwangsweise die Freiheit der Wahl des Aufenthaltes aufgehoben hätten, erachtet. Eben sowenig aber kann ein solcher Verstoß darin gefunden werden, daß er zu dergleichen, die Ausnahme von der Regel begründenden, Verhältnissen im Sinne des §. 4. auch den Aufenthalt der G. in öffentlichen Kranken-Anstalten mit beigerechnet hat. Auch dieser Angriff ist daher verfehlt.

№ 43.

Armenpflege.

Erlischt die Verpflichtung eines Armenverbandes zur Fürsorge für denjenigen, welcher nach erlangter Großjährigkeit seit drei Jahren aus der Gemeinde abwesend ist, auch in dem Falle, wenn dessen Hülfsbedürftigkeit und die Nothwendigkeit öffentlicher Armen-Unterstützung bereits während dieser drei Jahre — beispielsweise durch die erforderlich gewordene Fürsorge für ein von der Mutter zurückgelassenes uneheliches Kind — hervorgetreten ist?

Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. December 1842. §§. 1. 3. 4. 12. 20. 22. 33. 34. (G.-S. 1843. S. 8. u. ff.)

Gesetz über die Aufnahme neuanziehender Personen vom 31. December 1842. §. 4. (G.-S. 1843. S. 6.)

Gesetz zur Ergänzung der vorgedachten Gesetze vom 21. Mai 1855. Art. 13. (G.-S. S. 311.)

Die zu Königswalde im Jahre 1836. geborene unverehelichte B. hat nach erlangter Großjährigkeit in Zielenzig im November 1860. außerehelich ein Kind geboren, dasselbe dort zurückgelassen und sich nach Berlin begeben, wo sie vom 1. Juli 1861. an länger als drei Jahre (jedenfalls bis Ende 1868.) in Dienst-Verhältnissen gestanden hat. In Folge eines Resolutes der Regierung zu Frankfurt a. O. vom 31. August 1863., hat die Stadtgemeinde Königswalde die Armenpflege für das Kind der B.

übernommen, ihre Verpflichtung dazu jedoch für erloschen erachtet, nachdem sie erfahren, daß die B. seit 1861. ununterbrochen in Berlin sich aufgehalten habe. Auf ihren Antrag hat auch die Regierung zu Potsdam durch Resolut vom 21. Januar 1868. entschieden, daß der Armenverband von Berlin dem Armenverbande von Königswalde die demselben seit dem 1. Juli 1864. aus der Verpflegung des Kindes der B. erwachsenen Kosten zu erstatten und die fernere Fürsorge für das gedachte Kind zu übernehmen habe, worauf die Berliner Armen-Direction der Gemeinde Königswalde die vom 1. Juli 1864. bis 12. November 1868., — von wo ab die erstere die Verpflegung des Kindes selbst übernommen, — entstandenen Pflege-, Bekleidungs- und Reisetransportkosten im Gesammtbetrage von 102. Thlrn. 9. Sgr. baar erstattet, jedoch, den Rechtsweg gegen das gedachte Resolut beschreitend, gegen die Stadtgemeinde Königswalde auf Rückzahlung dieser Summe nebst Zinsen geklagt hat.

Das Kreisgericht zu Zielenzig hat am 29. November 1869., die gegen diesen Anspruch von der Verklagten erhobenen Einwendungen für begründet erachtend, die Klägerin abgewiesen, weil, nachdem die B. mit dem 1. Juli 1864. durch einen, nach erreichter Großjährigkeit drei Jahre hindurch fortgesetzten, Aufenthalt in Berlin ihr Hülfsdomicil erlangt habe, von diesem Tage an auch die Fürsorge für ihr Kind auf den dortigen Armenverband übergegangen sei, und weil der Umstand, daß das Kind bis dahin von der verklagten Gemeinde verpflegt sei, nichts ändere, da die Hülfsbedürftigkeit des Verarmten nicht ein Zustand, von dessen Fortbestehen oder Aufhören die gesetzliche Fürsorge-Verpflichtung abhängig gemacht sei, sondern eine Thatsache sei, welche mit jedem Tage, wo die öffentliche Armenpflege

ausgeübt werden müsse, aufhöre, resp. sich wiederhole. Auf die Appellation der Klägerin hat dagegen das Appellations-Gericht zu Frankfurt a. O. am 23. Mai 1870. das erste Erkenntniß dahin abgeändert: daß die Verklagte schuldig, an Klägerin die zurückverlangte Summe nebst Zinsen zu zahlen. Und zwar beruht diese Entscheidung auf der Erwägung: daß, wenn auch die B. und deren uneheliches Kind seit dem 1. Juli 1864. ein Hülfsdomicil in Berlin würde haben erwerben können, dies doch, was der erste Richter unberücksichtigt gelassen habe, deshalb nicht der Fall gewesen sei, weil die öffentliche Armenpflege für das Kind schon vor dem 1. Juli 1864., also zu einer Zeit, wo dasselbe, gleich seiner Mutter, den Unterstützungs-Wohnsitz in Königswalde gehabt habe, nothwendig geworden, und weil die Hülfsbedürftigkeit des Kindes der B. auch dann als Hülfsbedürftigkeit der zur Alimentation verpflichteten Mutter anzusehen sei, wenn diese, wie im vorliegenden Falle, das Kind hülflos verlassen und dadurch die öffentliche Armenpflege für dasselbe nöthig gemacht, selbst für sich aber der öffentlichen Fürsorge nicht bedurft habe.

Die von der Verklagten gegen diese Entscheidung eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem ersten Senate des Ober-Tribunals vom 27. März 1871. zurückgewiesen worden, aus folgenden

G r ü n d e n.

Ohne Grund wirft die Nichtigkeits-Beschwerde dem Appellations-Richter Verletzung des §. 1. Nr. 3. und der §§. 4. 20. 22. 33. 34. des Armenpflege-Gesetzes vom 31. December 1842. und des §. 4. des Gesetzes über die Aufnahme neu anziehender Personen von demselben Tage vor. Mit Rücksicht auf die §§. 20. 22. cit. kommt zunächst in Betracht, daß uneheliche Kinder unter vierzehn Jahren,

weil sie keinen eigentlichen Wohnsitz begründen können, sobald sie der öffentlichen Fürsorge bedürfen, dem Armenverbande anheimfallen, welchem die Fürsorge für die Mutter obliegt, ebenso wie eheliche Kinder dieses Alters dem Armenverbande ihres Vaters angehören. Kinder sind in diesem Falle, weil sie lediglich dem Verhältnisse des Vaters, resp. der Mutter folgen, nicht getrennt von Vater oder Mutter, also nicht als diejenigen zu betrachten, welchen die Armenpflege gewährt wird, vielmehr sind als die eigentlich Unterstützten Vater oder Mutter anzusehen. Es ist dies in vielen diesseitigen Erkenntnissen angenommen worden und zwar, abgesehen von dem am 16. April 1858. abgeurtelten Falle, in welchem es sich um die Fürsorge für die hülfsbedürftige Frau und Tochter eines der Fürsorge selbst nicht bedürftig gewordenen Vagabunden handelte, und von dem am 10. October 1860. (Entsch. Bd. 45. S. 405. ff.) entschiedenen Falle, worin es heißt: daß die den ehelichen Kindern einer Wittwe zu Theil gewordene Hülfe (Armen-Unterstützung) den Kindern nicht unmittelbar, vielmehr nur mittelbar, eigentlich der Mutter, gewährt worden sei ꝛc., speciell rücksichtlich unehelicher Kinder in den Erkenntnissen vom 24. September 1860. und 3. Februar 1865., in welchem letzteren gesagt wird: „Weder in den beiden Gesetzen vom 31. December 1842., noch in dem Ergänzungs-Gesetze vom 21. Mai 1855. wird bei dem Zustande der Verarmung, welcher die öffentliche Fürsorge in Anspruch nimmt, zwischen dem selbstständigen Familienhaupte, Vater oder Mutter, und deren unselbstständigen Familiengliedern unterschieden; in dem Bedürfnisse einer öffentlichen Unterstützung für diese Angehörigen liegt also auch das Unvermögen des Familienhauptes und die Ent-

scheidung der Landes-Polizeibehörde über die Hülfsbedürftigkeit jener ergiebt von selbst die Hülflosigkeit des letzteren."

Weiter ist in dem Erkenntnisse vom 7. April 1865. ausgeführt: Aus den §§. 20. und 22. des Armenpflege-Gesetzes sei nicht zu folgern, „daß von einer Verbindlichkeit zur Armenpflege für ein uneheliches Kind erst dann die Rede sein könne, wenn die Hülfsbedürftigkeit seiner noch lebenden Mutter festgestellt sei." Endlich ist auch in einem, in der Proceßsache des Armenverbandes Ziegenort wider den Alt-Pommerschen Landarmen-Verband am 16. Mai 1870. gefällten, Erkenntnisse, zur Widerlegung der Meinung: es liege in der Annahme, daß in der Fürsorge für ein (unmündiges) uneheliches Kind schon eine mittelbare Fürsorge für dessen Mutter selbst zu finden sei, eine Verletzung der §§. 4. und 22. des Armenpflege-Gesetzes, weil aus der Thatsache der Armenpflege für jenes Kind allein noch nicht das Unvermögen der Mutter folge, namentlich dann nicht, wenn der Aufenhalt der letzteren unbekannt, auch deren wirkliches Unvermögen weder behauptet, noch festgestellt sei, — unter Hinweisung auf das vorgedachte Präjudicat vom 7. April 1865. Folgendes ausgeführt worden: „Wenn einmal die für den Richter maßgebende Entscheidung von der competenten Verwaltungs-Behörde getroffen sei, daß eine Armenpflege nothwendig, so könne bei Entscheidung der Frage, welchem Armenverbande die Fürsorge obliege, nicht weiter in Betracht kommen, ob dieses Bedürfniß zur öffentlichen Armenpflege durch ein wirkliches Unvermögen oder dadurch hervorgerufen sei, daß der zur Alimentation des Hülfsbedürftigen gesetzlich verpflichtete Verwandte, dem Aufenthaltsorte nach, unbekannt sei, vielmehr bleibe dem Armenverbande, welchem nach dem §. 1. des Armenpflege-Gesetzes die Verpflichtung zur Armen-Fürsorge gesetzlich obliege,

immerhin überlassen, den zur Alimentation verpflichteten Verwandten zur Erstattung der Aufwendungen, soweit derselbe dazu im Stande sei, in Anspruch zn nehmen. Mit Unrecht werde aber geleugnet, daß in dieser Fürsorge für das Kind mittelbar auch eine solche für die (uneheliche) Mutter selbst enthalten sei, da auch bei ehelichen Kindern der Vater, welcher den Unterhalt für sich und seine Familie ganz oder auch nur theilweise nicht verschaffen könne, insoweit arm sei, daß die öffentliche Fürsorge eintreten müsse, wobei es gleichgültig sei, welchem Familiengliede unmittelbar die öffentliche Unterstützung gewährt werde."

Mit diesen Grundsätzen steht die Argumentation des Appellations-Richters vollkommen im Einklange; die Meinung der Verklagten: daß die Frage: ob aus der Unterstützungsbedürftigkeit eines unehelichen Kindes auch die Hülfsbedürftigkeit seiner Mutter herzuleiten sei? nicht abstract beantwortet werden könne, sondern in jedem concreten Falle erst erörtert werden müsse, dagegen im Widerspruche. Von den diesseits bisher adoptirten Grundsätzen abzugehen, liegt keine Veranlassung vor. Namentlich aber kann ein Grund dazu darin nicht gefunden werden, daß die Regierung in Potsdam in dem Resolute vom 21. Januar 1868. zum Nachtheile der jetzigen Klägerin entschieden hat, weil die Fürsorge-Verpflichtung in Betreff der Mutter des Kindes in der gedachten Zeit schon dem Berliner und nicht dem Königswalder Armenverbande obgelegen habe, und sodann in diesem Resolute noch gesagt worden ist:

Was übrigens den vorliegenden Fall anbelangt, so muß hier und zwar ganz positiv nach den §§. 33. 34. des Armen-Gesetzes, mit Ausschluß des Rechtsweges, constatirt werden, daß aus dem Umstande, daß die B. ihre Tochter Jahre lang hülflos im Stiche ließ, keines-

weges gefolgert werden kann und darf, es habe ihr in dieser Zeit etwa im Sinne des §. 4. des Gesetzes über die Aufnahme neuanziehender Personen, auch an den nöthigen Kräften gefehlt und sie sei außer Stande gewesen, für sich und ihre Tochter den nöthigen Unterhalt zu erwerben. (Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 21. April 1856. — Striethorst's, Archiv Bd. 21. S. 101.)

Es kann diese Bemerkung in dem hier in Rede stehenden Regierungs-Resolute auf die Entscheidung der Rechtsfrage: ob die Fürsorge für ein unmündiges, hülflos gelassenes, uneheliches Kind von selbst auch als Fürsorge für dessen Mutter anzusehen sei? von keiner Bedeutung sein, und überhaupt nur den Sinn und den Zweck gehabt haben, auszudrücken und außer Zweifel zu stellen, daß die B., welche ihr Kind dergestalt, daß es der Armenpflege anheim gefallen sei, hülflos gelassen, für sich aber dieselbe nicht in Anspruch genommen habe, weil deren Nothwendigkeit auch sonst nicht nachgewiesen sei, nach dem Art. 13. des citirten Gesetzes vom 21. Mai 1855. zur Unterstützung ihres Kindes angehalten, falls der Versuch hierzu aber fruchtlos bleibe, auf so lange, als das Bedürfniß für das Kind fortdauere, in einer Arbeits-Anstalt untergebracht werden könne.

Es steht weiter fest, daß die B. nach erlangter Großjährigkeit im Jahre 1861. nach Berlin gekommen ist, und daß der Zustand der Hülfsbedürftigkeit des Kindes, welche die öffentliche Fürsorge für dasselbe an dem Heimathsorte der Mutter, Königswalde, erforderlich gemacht, schon vor dem 1. Juli 1864., dem Ablaufe der dreijährigen Aufenthaltszeit der B. in Berlin, bestanden und daß dieser Zustand noch darüber hinaus gedauert hat. Mit Recht ist

bei dieser Sachlage der Appellations-Richter der Meinung, daß, wenn auch unter anderen Umständen die B. und deren uneheliches Kind seit dem 1. Juli 1864. ihr Hülfsdomicil Königswalde verloren und dagegen ein solches in Berlin erworben haben würde, dies im vorliegenden Falle doch deshalb nicht anzunehmen sei, weil die Hülfsbedürftigkeit des Kindes, welche, wie bereits gezeigt, auch als die der Mutter desselben anzusehen sei, schon vor dem gedachten Tage hervorgetreten sei. Damit stimmt die diesseitige Praxis überein. Schon in dem, an der oben angeführten Stelle des Regierungs-Resolutes vom 21. Januar 1868. selbst in Bezug genommenen, Erkenntnisse vom 21. April 1856. ist der Grundsatz ausgesprochen: die Pflegeverbindlichkeit, welche in einem gewissen Zeitraume eingetreten ist, bleibt fortbestehen, und zwar so lange, bis die Hülfsbedürftigkeit, als (der) Grund der Gemeinde-Verbindlichkeit aufhört. Eine Erlöschung durch dreijährige Abwesenheit, nach dem §. 4. des Armenpflege-Gesetzes, ist nur dann anzunehmen, wenn innerhalb der drei Jahre noch keine Armenpflege eingetreten war, nicht aber in dem Falle, wo schon im Laufe der dreijährigen Zeit die Hülfsbedürftigkeit und mit ihr die Nothwendigkeit der Armenpflege sich herausgestellt hat. Was aber von der Mutter gilt, dasselbe gilt auch nach dem §. 22. a. a. O. von ihrem unehelichen Kinde.

Ebenso heißt es in dem bereits oben gedachten Erkenntnisse vom 10. October 1860. (Entscheid. Bd. 45. S. 405. ff. 411.) in einem Falle, in welchem es sich um die Frage handelte, ob die Kinder einer Wittwe, welche sich wieder verheirathet hatte, das frühere Hülfsdomicil der Mutter behalten hätten, oder der Armenpflege des von ihr durch die zweite Ehe an einem Orte erworbenen Hülfs-

domiciles anheim gefallen wären: „Die Kinder der Wittwe B. haben schon vor deren Wiederverheirathung, als Hülfsbedürftige, in A. Armenpflege genossen und, nach den Grundsätzen der §§. 1. 3. 12. des Armenpflege-Gesetzes, ist derjenige Armenverband der Verpflichtete, in welchem das Hülfsbedürfniß hervortritt. Dessen Fürsorge beginnt mit dem Zeitpunkte der hervorgetretenen Hülfsbedürftigkeit und dauert fort, so lange das Bedürfniß selbst fortbesteht. Dieser Grundsatz ist der überwiegende und, da die Fürsorge für die B.'schen Kinder schon zur Zeit des Wittwenstandes ihrer Mutter am Orte A. in Wirkung getreten war, so muß sie auch ferner wirksam bleiben, obwohl die Mutter in ein anderes Hülfsdomicil übergegangen ist."

Daraus ergiebt sich aber, daß der Appellations-Richter gegen keine der als verletzt bezeichneten, oben angeführten Gesetzes-Vorschriften rechtsgrundsätzlich gefehlt hat. Die Nichtigkeits-Beschwerde ist sonach als unbegründet zurückzuweisen.

№ 44.

Bestellung eines Curators neben dem Vormunde eines Minderjährigen.

Kann in einem Processe, den ein für einen bevormundeten Minderjährigen bestellter Curator, bei der Weigerung des Vormundes, führt, der Verklagte den Einwand entgegensetzen, daß der klagende Curator nicht habe zum Litiscurator ernannt werden dürfen?

A. L.-R. Thl. II. Tit. 18. §. 47.

Die vorstehende Frage ist in Sachen des Rittmeisters v. R. wider den Referendar T., als Curator des minderjährigen Sohnes der unverehelichten G., durch Urtel des ersten Senates des Ober-Tribunals vom 19. December 1870. auf die gegen das Erkenntniß des Appellations-Gerichtes zu Münster vom 14. Mai 1870. erhobene Nichtigkeits-Beschwerde verneinend entschieden worden, aus folgenden, auch die Darstellung des Sachverhältnisses enthaltenden,

Gründen.

Der Verklagte, Rittmeister v. R., war als Vater des von der Emilie F. am 7. October 1867. unehelich geborenen Knaben bezeichnet. Als gegen denselben, nach der Anweisung des obervormundschaftlichen Gerichtes, Klage auf Entrichtung der Alimente ꝛc. erhoben werden sollte, weigerten sich dessen die uneheliche Mutter und die dem Kinde zur Vormünderin bestellte Großmutter. Das obervormundschaftliche Gericht bestellte hierauf dem Pflegebefohlenen einen Curator in der Person des Referendar T. und dieser erhob, mit vormundschaftlicher Auctorisation, Klage gegen den Rittmeister v. R. auf Zahlung von 60. Thlrn. jährlicher Alimente bis zum vierzehnten Lebensjahre, eventuell noch länger, auf Anerkennung der Vaterschaft und Vorbehalt des gesetzlichen Erbrechtes im Nachlasse des Vaters. Der Verklagte erhob vorzugsweise den Einwand der mangelnden Activ-Legitimation, indem er die Befugniß des Referendars T., den Kläger als Curator zu vertreten, bestritt, da demselben in der Person seiner Großmutter eine Vormünderin bestellt sei, dieser mithin die Vertretung ihres Mündels obliege und wenn diese, wie geschehen, die Klage mißbillige, deren Erhebung vielmehr bestimmt ablehne, der Vormundschaftsrichter nicht berechtigt sei, die Vormünderin ohne Weiteres bei Seite zu stellen und dem Pflegebefohlenen zum

Zwecke der Klage einen Curator anzuordnen. Der Curator bestritt diese Anführung.

Das Kreisgericht zu Münster faßte den Einwand als Präjudicial-Einrede auf und wies den Kläger mit der erhobenen Klage ab, den Ansichten des Verklagten beitretend. Dagegen hat das Appellations-Gericht zu Münster, unter Abänderung dieses Erkenntnisses, den Entscheidungsgrund, wonach der T. nicht für legitimirt zu erachten, als Curator den fraglichen Pflegebefohlenen im vorliegenden Processe zu vertreten, verworfen, und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung in der Hauptsache in die erste Instanz zurückgewiesen, von der Ansicht ausgehend, daß die Entscheidung, ob für den Pflegebefohlenen ein Proceß geführt werden solle, schließlich dem obervormundschaftlichen Gerichte zustehe, dieses daher auch, wenn der Vormund sich weigere und Zwang nicht angemessen erachtet werde, befugt sei, einen curator ad hoc beizuordnen. Dies sei, wird angeführt, namentlich nach dem §. 47. Thl. II. Tit 18. des A. L.-R. gerechtfertigt, wenn der Vormund, wie hier, ein Frauenzimmer sei.

Der Verklagte hat die Entscheidung des Appellations-Richters mit der Nichtigkeits-Beschwerde angegriffen, namentlich den allegirten §. 47. für verletzt erklärt, da in Wirklichkeit die Bestellung eines Curators nicht um deswillen erfolgt sei, weil der Vormund weiblichen Geschlechtes sei, sondern wegen dessen Weigerung, und da außerdem nach dem Inhalte des §. 47. cit. der Umstand, ob der Vormund ein Frauenzimmer sei, auf die Anwendbarkeit keinen Einfluß äußere, vielmehr nach dem Gesetze die weiblichen Vormünder, wo sie existiren könnten, den männlichen ganz gleich ständen.

Der Grund, den der Appellations-Richter für die Anwendbarkeit des §. 47. cit. angeführt hat, ist in Wirklichkeit ein

verfehlter. Der Paragraph läßt die Bestellung eines Curators zu, wenn zu der für den Pflegebefohlenen zu besorgenden Angelegenheit vorzügliche Sachkenntniß, die von dem Vormunde nicht zu erwarten ist, erfordert wird, und der Curator damit versehen ist. Daß dieser Fall vorgelegen, stellt der Appellations-Richter nicht fest, wenn auch die Person des Curators dahin zu deuten scheint; er erwähnt der Bedingungen des §. 47. cit. gar nicht, nur weil die Vormünderin ein Frauenzimmer, hält er denselben für anwendbar. Diese Thatsache allein kann aber augenfällig dazu nicht genügen; indem daher der Appellations-Richter den §. 47. cit. aus einem unzureichenden Grunde zur Anwendung gebracht hat, hat er ihn verletzt und damit erscheint die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde an sich begründet. In der Sache selbst muß indessen die ergangene Entscheidung aufrecht erhalten werden. Es mag die Frage dahin gestellt bleiben, ob nicht unter Umständen es dem wirklichen Interesse des Pflegebefohlenen angemessener sein möchte, wenn die intendirte Bestellung eines Curators unterbleiben und mithin in einem gegebenen Falle eine Remonstration gegen einen vormundschaftlichen Beschluß zum Vortheile des Mündels vielleicht anräthlich sein könnte. Dies würde aber doch immer nur von dem Mündel, resp. denjenigen, welche dessen Interesse wahrzunehmen haben, ausgehen können. Einem Gegner desselben, namentlich also auch dem vom Pflegebefohlenen Verklagten, kann das Recht nicht zustehen, dagegen Einreden zu erheben, daß der dem Kläger bestellte Vertreter nicht hätte ernannt werden dürfen. Denn, wenn die vorgeschriebenen Formen der Ernennung gewahrt sind, so ist der Vertreter nach Außen vollständig legitimirt, so daß der mit ihm Verhandelnde ermächtigt erscheint, mit ihm gültige

Geschäfte abzumachen, im vorliegenden Processe also der Curator zur Vertretung des Pflegebefohlenen sich als gehörig legitimirt darstellt. Ob diese Bestellung dem Pflegebefohlenen ersprießlich, geht rechtlich aber den Verklagten nichts an. Der von demselben erhobene Einwand der Nichtlegitimation des auftretenden Curators kann demnach keine Berücksichtigung finden. Daraus folgt, daß es bei der Entscheidung des Appellations-Richters sein Verbleiben behalten muß.

№ 45.

Verantwortlichkeit eines Official-Anwaltes.

Macht sich der, einer Partei zum Official-Mandatar bestellte, Rechts-Anwalt derselben dadurch allein schon verantwortlich, daß er die Rechtfertigung der von der Partei angemeldeten Nichtigkeits-Beschwerde ablehnt?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 6. §. 24., Tit. 13. §§. 49. 50., Thl. II. Tit. 10. §. 88. 89.

A. G.-O. Thl. I. Tit. 3. §§. 23. 67., Thl. III. Tit. 7. §§. 19. 22. 25. 26. litt. b.

Verordnung vom 14. December 1833. §§. 4. 5. (Ges.-S. S. 302.)

Declaration vom 6. April 1839. Art. 3. und 8. (Ges.-S. S. 126.)

Verordnung vom 21. Juli 1846. §. 23. (Ges.-S. S. 291.)

Nachdem der Commissionair K. in einem gegen E. auf Zahlung von 2061. Thlrn. 10. Sgr. angestellten Processe in zwei Instanzen abgewiesen worden war, meldete er gegen das Appellations-Erkenntniß das Rechtsmittel der Nichtigkeits-Beschwerde an, und erhielt vom Ober-Tribunal auf das Ansuchen, ihm zu deren Rechtfertigung einen Anwalt zu bestellen, den Justiz-Rath B. zum Official-Mandatar zugeordnet. Letzterer hat jedoch die Anfertigung der Nichtigkeits-Beschwerde, weil sie sich nicht begründen lasse, abgelehnt, und ist deshalb von K. auf Erstattung des ihm durch die Nichteinführung der angemeldeten Nichtigkeits-Beschwerde erwachsenen, auf 2061. Thlr. 10. Sgr. berechneten, Schadens in Anspruch genommen worden.

Vom Stadtgerichte zu Berlin und vom Kammergerichte durch die gleichlautenden Erkenntnisse vom 18. Januar und 16. Juni 1870. abgewiesen, hat er gegen das Appellations-Urtel noch die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt, welche vom ersten Senate des Ober-Tribunals am 17. März 1871. zurückgewiesen ist, aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter geht davon aus, daß Kläger einen Regreß-Anspruch gegen den Verklagten geltend mache, resp., wie der erste Richter, auf dessen Sachdarstellung im Appellations-Urtel Bezug genommen ist, annimmt, Schadensersatzleistung vom Verklagten fordere, und daß die Haftbarkeit des Verklagten nach dem §. 22. Tit. 7. Thl. III. der Allgem. Ger.-Ordn. und dem §. 88. Tit. 10. Thl. II. des A. L.-R. den Nachweis eines Versehens desselben bedinge, durch welches dem Kläger der behauptete Nachtheil entstanden sei. Der Regreß-Anspruch wird daraus hergeleitet, daß der Verklagte, welcher dem Kläger zum Official-Mandatar bestellt war, die Rechtfertigung einer von demselben angemeldeten Nichtig-

keits=Beschwerde abgelehnt habe, und darauf gestützt, daß die dem Verklagten ertheilte Information zur erfolgreichen Begründung der Nichtigkeits=Beschwerde geeignet gewesen sei, daß es aber auch hierauf nicht einmal ankomme, weil dem Verklagten, als Sachverständigen, die bei einer Nichtigkeits=Beschwerde hauptsächlich in Betracht kommenden juristischen Bedenken, auch ohne Informations=Ertheilung, nicht hätten entgehen können.

Der Appellations=Richter hat festgestellt, daß der Verklagte dem Kläger eröffnet habe, er erachte das anzufechtende Appellations=Urtel für gerechtfertigt, vermöge die Nichtigkeits=Beschwerde nicht zu begründen und habe dem Ober=Tribunal davon Anzeige gemacht. Sodann aber hat er angenommen, einmal: daß die dem Verklagten vom Kläger ertheilte Information weder die Verletzung einer wesentlichen Proceß=Vorschrift noch die eines Rechtsgrundsatzes erkennbar mache, daß Verklagter auf Grund dieser Information daher die vom Kläger verlangte Rechtfertigungsschrift nicht habe einreichen können, durch deren Nichtanfertigung deshalb auch gegen den §. 26. b. Tit. 7. Thl. III. der Allg. Gerichts=Ordnung nicht gefehlt habe, und dann: daß zum Nachweise des, die Haftbarkeit des Verklagten bedingenden, Versehens eben sowenig die allgemeine Behauptung, das in der Vorproceßsache K. wider E. gesprochene Appellations=Urtel leide an einer Nichtigkeit, genüge, daß Kläger vielmehr im gegenwärtigen Processe solches hätte darthun, und zu dem Zwecke die Nichtigkeit bestimmt in der Richtung der §§. 4. 5. der Verordnung vom 14. December 1833. und des Art. 3. der Declaration vom 6. April 1839., angeben müssen, um den Richter in die Möglichkeit der Beurtheilung zu versetzen, ob Verklagter auf diese Gründe hin die angemeldete Nichtigkeits=Beschwerde mit Erfolg hätte rechtfertigen können.

Ohne Grund beschuldigt Verklagter den jetzigen Appellations-Richter, durch diese Argumentation die §§. 88. 89. Tit. 10. Thl. II., sowie die §§. 49. 50. Tit. 13. Thl. I. des A. L.-R., die §§. 22. 25. 26. b. Tit. 7. Thl. III. der A. G.-O. und den Rechtsgrundsatz: der für die Nichtigkeits-Instanz dem Verklagten bestellte Official-Anwalt ist verpflichtet, nach empfangener Information die Nichtigkeits-Beschwerde einzuführen, oder nachzuweisen, daß dieselbe sich nicht begründen läßt, — verletzt zu haben. Daß Jemand durch die Schuld eines Andern beschädigt worden, wird nicht vermuthet. §. 24. Tit. 6. Thl. I. des A. L.-R. Jeder Schadensersatz-Anspruch setzt daher den Nachweis, daß der deshalb in Anspruch Genommene den Schaden aus Vorsatz oder Versehen durch eine Handlung oder durch die Unterlassung einer dem Andern schuldigen Pflicht verursacht habe, voraus. Den durch ein Versehen entstandenen Schaden ersetzen müssen, heißt: für ein Versehen haften, ein Versehen vertreten müssen. Diese Grundsätze gelten auch bei Beamten. Das Allgemeine Landrecht bestimmt Thl. II. Tit. 10. §§. 88. 89.:

> Wer ein Amt übernimmt, muß auf die pflichtmäßige Führung desselben die genaueste Aufmerksamkeit wenden. — Jedes dabei begangene Versehen, welches bei gehöriger Aufmerksamkeit, und nach den Kenntnissen, die bei der Verwaltung des Amtes erfordert werden, hätte vermieden werden können und sollen, muß er vertreten.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Vertretungs-Verbindlichkeit eines Rechts-Anwaltes, also eines Beamten derjenigen Classe der Justizbedienten, welchen früher der Name: Justiz-Commissarien beigelegt war. (A. G.-O. Thl. III. Tit. 7. §. 3., Verordnung vom 2. Januar 1849. §. 30.). Zu den allgemeinen Pflichten derselben

gehört nach dem §. 19. Tit. 7. Thl. III. der A. G.-O.: 1. eine genaue und sorgfältige Beachtung der Gesetze überhaupt; 2. eine strenge und gewissenhafte Redlichkeit, und 3. eine unverdrossene Bereitwilligkeit. Eine Verletzung der zu 2. erwähnten Pflicht wagt Kläger selbst nicht, den Verklagten vorzuwerfen; es ist daher nur die Erfüllung der ersten und der dritten Pflicht in Frage. Von der zu Nr. 1. ist in den §§. 20.–22. a. a. O. die Rede und der §. 22. bestimmt: daß ein Justiz-Commissarius, welcher in seinen Amtsgeschäften, es sei aus Unwissenheit oder aus Leichtsinn und Fahrlässigkeit, solche Fehler begehe, woraus ein Nachtheil für die Parteien entstehe, allen solchergestalt verursachten Schaden zu erstatten schuldig sein solle. Wenn nun der Appellations-Richter angenommen hat: die Haftbarkeit des Verklagten sei, nach Maßgabe des §. 22. cit. und des §. 88. a. a. O. des A. L.-R., durch den Nachweis eines Versehens des Verklagten bedingt, durch welches dem Kläger der behauptete Nachtheil entstanden sei, Kläger habe diesen Nachweis aber nicht geführt; so liegt auf der Hand, daß der rechtliche Vordersatz mit der vorstehenden Ausführung völlig übereinstimmt und durchaus richtig ist, also auch nicht entfernt die gedachten Gesetzes-Vorschriften und ebensowenig den §. 89. cit. verletzt, daß dagegen der auf thatsächlichen Erwägungen beruhende Nachsatz durch die Rüge rechtsgrundsätzlicher Verletzung dieser Paragraphen allein mit Erfolg nicht angreifbar ist.

Die Nichtigkeits-Beschwerde wirft dem Appellations-Richter ferner die Verletzung der §§. 49. 50. Tit. 13. Thl. I. des A. L.-R. vor, welche lauten:

Von der zur Ausrichtung des Geschäftes ertheilten bestimmten Vorschrift des Machtgebers darf der Bevollmächtigte aus eigener Macht nicht abgehen. Ist dieses

geschehen, so haftet er dem Machtgeber für allen daraus entstandenen Schaden.

Ist nun auch der Rechts=Anwalt und zwar sowohl, wenn er von der Partei selbst gewählt, als auch, wenn er nach dem §. 23. Tit. 3. Thl. III. der A. G.=O. ihr auf Ansuchen vom Gerichte angewiesen (zugeordnet) worden, der Partei gegenüber, als deren Bevollmächtigter anzusehen, (Präjud. Nr. 1429. littr. a., Entscheid. Bd. 10. S. 136. 139.), und wenn gleich eben deshalb, wie überdies der §. 67. a. a. O. ausdrücklich besagt, die Verhältnisse, Rechte und Pflichten, zwischen der Partei und dem Proceß=Mandatar, soweit die Proceß=Ordnung nichts Besonderes bestimmt, nach den allgemeinen Vorschriften des Landrechtes beurtheilt werden sollen, so kommt doch bei dem Rechts=Anwalte, neben der Eigenschaft als Bevollmächtigter der Partei überhaupt und ganz besonders dann, wenn ihm diese Eigenschaft von dem Gerichte, bei welchem er zur Praxis bestellt ist, zugewiesen worden, seine Stellung als öffentlicher Beamter in Betracht. Abgesehen nun ganz davon, daß die §§. 49. 50. citt. den Machtgeber, welcher vom Bevollmächtigten Schadensersatz fordert, von dem Nachweise, daß ihm durch das eigenwillige, also mindestens fahrlässige, d. h. ein Versehen involvirende, Verhalten des Bevollmächtigten, der von ihm vergütet verlangte Schade entstanden sei, nicht befreien, so legt dem Rechts=Anwalte die Beamten=Stellung auch besondere Pflichten auf, welche die allgemeine Vorschrift des §. 49. cit. mindestens modificiren. Und wenn der Appellations=Richter dies nicht verkannt und als solche besondere Vorschrift, nach welcher das Verhältniß der jetzigen Parteien zu einander im Vorprocesse zu beurtheilen, den §. 26. b. Tit. 7. Thl. III. der A. G.=O. bezeichnet hat, so kann offenbar die vorgedachte Rüge der Verletzung der §§. 49.

50. a. a. O. nicht zutreffend sein, sofern nicht der weiter dem Appellations-Richter gemachte Vorwurf, die §§. 25. und 26. b. Tit. 7. Thl. III. der A. G.-O. und den oben angegebenen Rechtsgrundsatz verletzt zu haben, für gerechtfertigt erachtet werden kann. Dies ist aber nicht der Fall. Der §. 25. a. a. O. bestimmt, daß die Rechts-Anwälte, vermöge der ihnen nach dem §. 19. Nr. 3. obliegenden allgemeinen Pflicht der Bereitwilligkeit, dem Publicum mit ihrem Amte zu dienen, Jedermänniglich, welcher sich an sie wende, damit (mit ihrem Amte) auf eine gesetzliche Art zu Statten kommen, ihre Assistenz aus bloßer Bequemlichkeit, Menschenfurcht oder anderen Nebenrücksichten Niemandem versagen, und dies auch gegen arme Parteien unentgeltlich zu thun verbunden sein sollen, wenn sich diese an sie wenden, oder von den Gerichten an sie verwiesen werden. Der folgende §. 26. aber, welcher mit den Worten beginnt:

> Nur in folgenden Fällen sind sie nicht nur befugt, sondern auch schuldig, die Parteien abzuweisen und sich mit den Angelegenheiten derselben nicht zu befassen; —

bestimmt unter b. weiter:

> Wenn in Processen der Justiz-Commissarius von dem Ungrunde der Forderung oder Weigerung einer an ihn sich wendenden Partei überzeugt ist, so muß er eine solche Sache gegen seine eigene Einsicht und Ueberzeugung nicht übernehmen; vielmehr eine solche Partei durch Vorstellungen und Belehrungen, von ungegründeten oder wohl gar strafbaren Processen abzuhalten suchen. Nur wenn das vorgesetzte Collegium ihn einer Partei zum Beistande oder Bevollmächtigten zuordnet, muß er die Vertretung derselben übernehmen und wenn er sie von der Unstatthaftigkeit ihres Anspruches oder ihrer Einwendungen nicht

überzeugen kann, von den zu deren Unterstützung ihm an die Hand gegebenen Gründen treulich Gebrauch machen.

Da von dem Appellations-Richter nicht festgestellt, auch vom Verklagten zu behaupten nicht versucht ist, daß der Verklagte, aus bloßer Bequemlichkeit, Menschenfurcht oder anderen Nebenrücksichten seine Assistenz im Vorprocesse zur Anfertigung der Nichtigkeits-Beschwerde versagt habe, so kann von einer Verletzung des §. 25. nicht die Rede sein, wenn die Rüge der Verletzung des §. 26. b. nicht gerechtfertigt ist. Der Appellations-Richter hat aber, mit Rücksicht auf die Vorschrift des §. 23. der Verordnung vom 21. Juli 1846., wonach (litt. a.) eine Nichtigkeits-Beschwerde außer der Angabe der Beschwerdepunkte dasjenige, was der Art. 8. der Declaration vom 6. April 1839. vorschreibt, enthalten muß, und auf dem Art. 8. das., wonach die Zulassung des Rechtsmittels der Nichtigkeits-Beschwerde nur statt findet, wenn sie nicht nur innerhalb der angeordneten Frist, sowie in der vorgeschriebenen Form angebracht ist, und die Beschwerdepunkte enthält, sondern auch „die gesetzlichen Vorschriften oder den Rechtsgrundsatz, deren Verletzung behauptet wird, bestimmt angiebt", angenommen: daß, während der Verklagte durch die dem Kläger gemachte Eröffnung: „er vermöge die Nichtigkeits-Beschwerde gegen das, seiner Ueberzeugung nach, gerechtfertigte Appellations-Urtel nicht zu begründen, und habe hiervon dem Ober-Tribunal Anzeige gemacht", den Verpflichtungen des ersten Satzes im §. 26. b. genügt habe, und daß die Anwendbarkeit der Ausnahme-Bestimmung im zweiten Satze in dem Falle, daß es sich, wie hier, um die Anfertigung einer Nichtigkeits-Beschwerde handele, voraussetze, daß sich auf Grund der ertheilten Information, nach Maßgabe der allegirten Bestimmungen der Verordnung vom 21. Juli 1846.

und des Art. 8. der Declaration vom 6. April 1839., die Nichtigkeits-Beschwerde begründen lasse. Bei der Eigenthümlichkeit des in enge Grenzen eingeschränkten Rechtsmittels der Nichtigkeits-Beschwerde, liegt hierin kein rechtsgrundsätzlicher Verstoß, und da der Rechts-Anwalt, als Sachverständiger, in der Lage ist, prüfen zu können, ob sich gegen ein Erkenntniß, dessen Anfechtung die rechtsunerfahrene Partei wünscht, eine Nichtigkeits-Beschwerde begründen läßt, so liegt auf der Hand, daß ein, die Verletzung einer Amtspflicht darstellendes Versehen darin allein nicht gefunden werden kann, wenn er bei Prüfung der von der Partei ertheilten Information die Ueberzeugung gewinnt und festhält, daß sich von den ihm an die Hand gegebenen Gründen zur Rechtfertigung der von ihr gewünschten Nichtigkeits-Beschwerde kein treulicher Gebrauch machen lasse. Der zweite Absatz des §. 26. b. cit. kann überhaupt weder direct, noch analog in einem solchen Falle für anwendbar erachtet werden. Denn der Allg. Gerichts-Ordnung ist das außerordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeits-Beschwerde, welches, nach dem §. 23. a. der Verordnung vom 21. Juli 1846., sowie nach der Verordnung vom 14. December 1833. und deren Declaration vom 6. April 1839., nur durch Angabe bestimmter Beschwerdepunkte begründet werden kann, ganz unbekannt, ebenso der Grundsatz des §. 17. der Verordnung vom 21. Juli 1846. Vielmehr gestattete die Allg. Gerichts-Ordnung einer Partei, es bei der bloßen Anmeldung der Rechtsmittel der Appellation und Revision bewenden zu lassen, und der Richter hatte darüber, nach Lage der Acten, zu erkennen. Deshalb erlaubte und verlangte auch die Consequenz, daß den Official-Mandataren die Verfolgung und Ausführung des von der Partei angemeldeten Rechtsmittels, auf deren Verlangen selbst dann zur Pflicht

gemacht werden durfte, wenn sich davon auch kein Erfolg erwarten ließe. Anders, wie gezeigt, bei dem Rechtsmittel der Nichtigkeits-Beschwerde. So wenig hiernach von einer Verletzung des §. 26. b. cit. die Rede sein kann, so wenig trifft die Rüge der Verletzung des angeblichen Rechtsgrundsatzes zu:

daß der dem Verklagten für die Nichtigkeits-Instanz bestellte Official-Anwalt verpflichtet sei, nach empfangener Information die Nichtigkeits-Beschwerde einzuführen, oder nachzuweisen, daß dieselbe sich nicht begründen lasse.

Diese Rüge ist überhaupt nur insofern verständlich, wenn Verklagter unter dem Worte „nachweisen" ein Mehres verstanden wissen will, als „die Partei belehren, daß rc., resp. ihr die Gründe angeben, weshalb" sich die von ihr angemeldete Nichtigkeits-Beschwerde nicht begründen lasse. Denn es steht ja unangefochten fest, daß im vorliegenden Falle dem Kläger, dessen Information weder die Verletzung einer wesentlichen Proceßvorschrift, noch die eines Rechtsgrundsatzes erkennbar machte, vom Verklagten eröffnet worden ist, daß er das Appellations-Urtel für gerechtfertigt erachte, die Nichtigkeits-Beschwerde nicht zu begründen vermöge und hiervon dem Ober-Tribunal Anzeige gemacht habe. Eines weiteren Nachweises als der, in dem vom Kläger eingereichten Original-Schreiben des Verklagten vom 6. August 1869. enthaltenen, Angabe der Gründe, aus welchen er, nach sorgfältiger Durchsicht der Acten, zur Anfertigung der Nichtigkeits-Beschwerde außer Stande sei, bedurfte es Seitens des Verklagten, dem Kläger gegenüber, auch dann nicht, als letzterer sich durch diese Gründe nicht überzeugt erklärte, und um Anfertigung der Nichtigkeits-Beschwerde auf Grund der, wie bemerkt, ungeeigneten Information ersucht hatte. Vielmehr war die Hinweisung auf

den Inhalt des gedachten ersten Schreibens durchaus genügend, und, wenn Kläger den Verklagten deshalb verantwortlich machen will, so liegt nach den obigen, mit den Gründen des Appellations-Richters übereinstimmenden, Ausführungen unzweifelhaft dem Verklagten der Nachweis eines vom Verklagten dabei begangenen Versehens ob, und da dieser, wie unangefochten feststeht, von ihm nicht geführt ist, erscheint die Nichtigkeits-Beschwerde nach allen Richtungen verfehlt und in allen ihren Angriffen unbegründet.

№ 46.

Proceß-Vorschriften. Einreden im Mandats-Processe. Präclusiv-Termin.

Enthalten die §§. 3. und 4. der Verordnung vom 1. Juni 1833. über den Mandats-, summarischen und Bagatell-Proceß, Rechtsgrundsätze oder bloße Proceßvorschriften?

Ist die Berücksichtigung einer im Mandats-Processe, nach dem Ablaufe der im Mandate gestellten Frist, vorgebrachten Einrede als zugelassene Ueberschreitung eines gesetzlichen Präclusiv-Termines ein Verstoß im Sinne des §. 5. Nr. 3. der Verordnung vom 14. December 1833.?

Verordnung vom 1. Juni 1833. §§. 3. und 4.
Verordnung vom 14. December 1833. §. 5. Nr. 3.

Die verklagten Eheleute B—d, als Besitzer ihres von einem Bauergute abgezweigten Grundstückes, auf Zahlung der, bei der Abzweigung auf dasselbe vom Hauptgute übertragenen, 100. Thlr. 1. Pf. Erbgelder nebst fünf Procent Zinsen seit dem 1. Januar 1865. von dem Cessionar dieser Forderung, Br., im Mandats-Processe in Anspruch genommen, erhoben rechtzeitig den Einwand, der Besitzer einer anderen Parcelle des Hauptgutes, dessen Vorbesitzer, bei Erwerb der letzteren, die eingeklagten Erbgelder in Anrechnung auf das von ihm zu entrichtende Kaufgeld übernommen, habe dieselben an den eingetragenen Gläubiger gezahlt, der seine Forderung, anstatt über dieselbe zu quittiren, an einen Vorbesitzer des Kapitales, der keine Valuta gegeben, cedirt habe; überdies habe Kläger von Besitzern anderer Parcellen des Hauptgutes auf die eingeklagte Post 50. Thlr. erhalten. Mit dieser Einrede verbanden die Verklagten eine Litisdenunciation an den Besitzer H. der Parcelle, der die Post berichtigt haben sollte. Der erste Richter lud den Litisdenunciaten, zur Erklärung auf die Litisdenunciation, zum Audienz-Termine mit vor. Tags zuvor reichte dieser eine schriftliche Beantwortung der Litisdenunciation ein, in welcher er, ohne den Regreß anzuerkennen, gegen die Klage einwendete, Kläger sei gleichfalls Besitzer einer für die eingeklagte Forderung mitverhaftet gewesenen Parcelle, auf welcher er die Forderung, nachdem er dieselbe auf die Klage des Gläubigers berichtigt, habe löschen lassen. Letzteres erkannte Kläger, bei der mündlichen Verhandlung, als richtig an, worauf das Kreisgericht zu Insterburg am 11. März 1870. auf Zurücknahme des Mandates erkannte, weil, nach dem Präjudize Nr. 1649., Kläger, wenn er auch den eingetragenen Gläubiger gegen jura cessa befriedigt habe, doch bei dem Regresse an den Besitzer eines mitverhafteten Grundstückes,

als Correal-Verpflichteter, seinen verhältnißmäßigen Beitrag zu der bezahlten Forderung abzurechnen gehabt, in dieser Weise aber nicht geklagt habe.

Kläger appellirte, weil der erste Richter die von dem Litisdenunciaten, mehrere Wochen nach dem Ablaufe der im Mandate dazu gestatteten Frist, erhobene Einrede, die zur Zurücknahme des Mandates geführt, trotz der zugestandenen thatsächlichen Richtigkeit ihres Inhaltes, ihrer Verspätung wegen nicht hätte berücksichtigen, jedenfalls aber, da der abzurechnende Beitrag nicht angegeben worden, als nicht gehörig substantuirt hätte verwerfen sollen. Das Appellations-Gericht zu Insterburg bestätigte indessen am 17. October 1870. das erste Erkenntniß, dessen materiellen Entscheidungsgrund es adopirte, während es die gerügte Verspätung der Einrede des Litisdenunciaten dadurch für beseitigt annahm, daß Kläger, durch das Zugeständniß der Richtigkeit ihres thatsächlichen Inhaltes, den letzteren zum integrirenden Theil seines Klage-Vortrages gemacht, der, gleichviel wodurch hervorgerufen, hätte berücksichtigt werden müssen.

Die vom Kläger wegen Verletzung der Rechtsgrundsätze der §§. 3. und 4. der Verordnung vom 1. Juni 1833. und wegen zugelassener Ueberschreitung eines gesetzlichen Präclusiv-Termines aus dem §. 5. Nr. 3. der Verordnung vom 14. December 1833. erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ist durch Erkenntniß des dritten Senates des Ober-Tribunals vom 22. Mai 1871. zurückgewiesen worden, aus folgenden

G r ü n d e n.

Daß das Bedenken, ob der Appellations-Richter den vom Litisdenunciaten erhobenen Einwand, der unstreitig erst nach dem Ablaufe der in dem Mandate an den Verklagten dazu verstatteten Frist vorgebracht worden ist, dieser Verspätung wegen hätte verwerfen sollen, nicht mit dem

Appellations-Richter durch die Erwägung beseitigt werden kann, daß Kläger, in Folge dieses Einwandes, Zugeständnisse gemacht habe, welche nunmehr als integrirender Theil seines Klage-Vortrages anzusehen seien und deshalb nicht außer Betracht gelassen werden dürften, folgt aus dem Wesen und Zwecke des Mandats-Prozesses selbst. Denn dieser Proceß hat, wie in den Entscheidungen des Ober-Tribunals wiederholt, namentlich in dem Bd. 40. S. 349. ff. abgedruckten Nichtigkeits-Erkenntnisse vom 2. Juli 1858., ausgeführt worden ist, nach den eigenen Worten des Gesetzgebers, den Zweck, bei Verfolgung von Rechts-Ansprüchen, die als auf Urkunden beruhend, die Vermuthung ihrer Richtigkeit für sich haben, ein Verfahren vorzuschreiben, welches, den förmlichen Proceß nach Möglichkeit vermeidend, auf einem kürzeren und einfacheren Wege zur richterlichen Feststellung solcher Ansprüche führt. Der Proceß beginnt deshalb mit Erlaß des Mandates auf die durch die Urkunden liquid gestellte Klage, das heißt, mit einem provisorischen Urtel, welches die Wirkung eines solchen, die Vollstreckbarkeit, erlangt, falls nicht der Verklagte gegen den Erlaß Einreden erhebt, die ebenfalls liquid gestellt werden müssen und eine Proceß-Verhandlung hervorrufen, welche die Erörterung der erhobenen Einreden zum Gegenstande und die Entscheidung zum Resultate hat, ob die Einreden geeignet sind, das provisorische Urtel als nicht gerechtfertigt erkennen zu lassen, oder ob es, ihrer ungeachtet, bei demselben, unter Vorbehalt anderweitiger Entscheidung in einem nachfolgenden, auf die Sache selbst eingehenden Verfahren, sein Bewenden behalten muß. — §§. 1. ff. der Verordnung vom 1. Juni 1833. — Daraus ergiebt sich, daß Alles, was außerhalb der Klage und der ihr beigegebenen Urkunden, als Grundlage des erlassenen Mandates, und

außerhalb der erhobenen und zur Verhandlung gestellten Einreden und ihrer Beweise liegt, nicht Gegenstand dieser Verhandlung und der auf dieselbe ergehenden Entscheidung sein darf, daß weder Kläger, um einer begründeten Einrede des Verklagten entgegenzutreten, hinterher seine Klage besser substantiiren, noch der Verklagte die erhobenen Einreden durch neue Thatsachen nachträglich anders begründen oder neue Einwendungen aufstellen darf, sobald die in dem Mandate dazu gewährte Frist abgelaufen und damit der Rechtsstreit, seinem Gegenstande und Inhalte nach, begrenzt worden ist. Namentlich kann die Zulassung und Berücksichtigung von Einreden, welche nach der Zeit der Geltendmachung außerhalb dieser Grenze liegen, nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Kläger sie, nach ihrem sachlichen Inhalte, als richtig anerkennt, theils, weil er über Einreden, die als verspätet von vorn herein nicht zur Verhandlung zu stellen, sondern zu dem Separat-Verfahren zu verweisen sind, eine Erklärung überhaupt nicht abzugeben hat, sodann aber, weil durch eine solche Zulassung verspäteter Einwendungen nicht nur die Grenzen des Rechtsstreites erweitert, sondern auch der Gegenstand des letzteren selbst, der ja durch die rechtzeitig erhobenen Einreden gegeben und bestimmt wird, geändert werden würde. Ob hiervon in dem Falle eine Ausnahme gemacht werden muß, wenn mit der Erhebung der Einreden eine Litisdenunciation verbunden wird, und der Litisdenunciat, erst nach dem Ablaufe der dem Verklagten gestellten Einrede-Frist, Gelegenheit erhält, sich auf die Litisdenunciation und die Klage zu erklären, kann hier ebenso, wie die in dem Ministerial-Rescripte vom 2. November 1835. und in dem Schering'schen Werke nicht bezweifelte Zulässigkeit der Litisdenunciation im Mandats-Processe selbst auf sich beruhen bleiben, theils weil der

Appellations-Richter auf diese Erwägung nicht eingegangen ist, theils weil es hier auf dieselbe zur Beurtheilung der schon aus anderen Gründen zurückzuweisenden Nichtigkeits-Beschwerde nicht ankommt.

Die als verletzt bezeichneten §§. 3. und 4. der Verordnung vom 1. Juni 1833. enthalten keine im §. 5. der Verordnung vom 14. December 1833. und im Art. 3. der Declaration vom 6. April 1839. als wesentlich anerkannte Proceß-Vorschriften; der auf die Verletzung derselben gerichtete Angriff scheitert mithin, wenn diese Vorschriften nicht Rechtsgrundsätze sind, deren Verletzung nach dem §. 4. Nr. 1. der Verordnung vom 14. December 1833. zur Vernichtung der angefochtenen Entscheidung führt.

In der That enthalten dieselben nur Grundsätze des Verfahrens, mithin nicht wesentliche Proceß-Vorschriften. Als eine lediglich das Verfahren angehende Proceß-Novelle kündigt sich die Verordnung vom 1. Juni 1833. schon in den Motiven ihrer Entstehung an, indem der Gesetzgeber im Eingange sagt: „Die in der Allgemeinen Gerichts-Ordnung vorgeschriebenen Proceßformen bedürften für die zu einem abgekürzten Verfahren geeigneten Sachen einer Abänderung." Der Gesetzgeber hat also nur Proceßformen, Formen des Verfahrens, einer Aenderung unterwerfen wollen. Ueber diese Absicht ist er auch nicht hinausgegangen, jedenfalls nicht in den als verletzt bezeichneten Vorschriften, von denen der §. 3. vorschreibt, wie die Einreden qualificirt sein müssen und wie, falls sie qualificirt sind, mit ihnen zu verfahren; der §. 4., daß die verspätet vorgebrachten durch Verfügung zum Separat-Verfahren verwiesen werden sollen, welches auch im Falle des §. 3. dem unterliegenden Theile vorbehalten bleibt. Dieser Vorbehalt des Separat-Processes führt gleichfalls darauf hin,

in den genannten Paragraphen nur Regeln des Processes zu erkennen. Denn derselbe läßt das Verfahren im Mandats-Processe nur als ein vorläufiges, provisorisches erscheinen, welches als solches in die materiellen Rechte der Parteien um so weniger eingreift, als den letzteren unbenommen ist, diese ihre Rechte in dem nachfolgenden Separat-Processe geltend zu machen und denselben zum Siege über den im Mandats-Processe vorwaltenden Formalismus zu verhelfen, was um so eher gelingen kann, als die provisorische Entscheidung des Mandats-Processes dem im Separat-Processe zu erstreitenden Urtel in keiner Weise präjudicirt, namentlich nicht res judicata für den letzteren macht. (Nichtigkeits-Erkenntniß des dritten Senates vom 7. November 1860., Striethorst's Archiv Bd. 39. S. 173.) Zwar definirt der Gesetzgeber weder in der Verordnung vom 14. December 1833., noch sonst ausdrücklich, was ein Rechtsgrundsatz ist; setzt dies also als bekannt voraus; ebensowenig stellt er ein durchgreifendes Merkmal für den Unterschied zwischen Proceß-Vorschriften und Grundsätzen des materiellen Rechtes auf, für den es nach der Natur der Sache und, wie Nr. 10. der Instruction vom 7. April 1839. noch ausdrücklich erklärt, unerheblich ist, ob die betreffende Vorschrift sich im Allgemeinen Landrechte oder in der Allgemeinen Gerichts-Ordnung und beziehungsweise in den diese beiden Gesetzbücher abändernden neueren Gesetzen findet. Der Begriff einer Proceß-Vorschrift, im Sinne der Verordnungen über die Nichtigkeits-Beschwerde, wird aber in der Nr. 11. der genannten Instruction erläutert und zwar als einer solchen, welche die Verfolgung des materiellen Rechtes vor Gericht normirt; eine Definition, die in solcher Allgemeinheit nicht wohl anders gegeben werden konnte und durch hinzugefügte Beispiele präcisirt wird, indem es weiter heißt:

Zu den Proceß-Vorschriften werden auch gerechnet die Vorschriften von den Rechtsmitteln und deren Zulassung, sowie von den Regeln des Beweises einer bestrittenen Thatsache.

Daß im Sinne dieser Definition die Vorschriften über den Mandats-Proceß, (§§. 1.—5. der Verordnung vom 1. Juni 1833.), recht eigentlich zu den Proceß-Vorschriften gehören, läßt sich klar auch aus der Allerhöchst genehmigten Instruction vom 24. Juli 1833. zur Verordnung vom 1. Juni 1833. erkennen, in der es im Eingange, fast mit den Worten jener Definition, heißt:

Die Verordnung vom 1. Juni d. J. . . . . hat zum Zwecke, bei der Verfolgung von Rechts-Ansprüchen, welche auf Urkunden beruhen und deshalb die Vermuthung ihrer Richtigkeit für sich haben, und von solchen Ansprüchen, welche, ihrer Beschaffenheit oder Geringfügigkeit wegen, als Gegenstände des gewöhnlichen Verkehres eine besondere Beschleunigung verdienen, ein Verfahren vorzuschreiben u. s. w.

Der Begriff einer Proceß-Vorschrift hat in der Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes eine Fortentwickelung und nähere Präcisirung erfahren. Der Plenar-Beschluß vom 27. Juni 1842. (Entsch. Bd. 8. S. 196.) erklärt die Vorschrift des §. 276. Tit. 10. Thl. I. der Allg. Ger.-Ord. über die Eidesleistung einer Gemeinde für keinen Grundsatz des materiellen Rechtes, sondern für eine Proceß-Vorschrift,

da durch diese Bestimmung die Verfolgung des materiellen Rechtes vor Gericht normirt wird. Denn dazu gehören nicht blos die Erklärungen und Anträge der Parteien, sondern auch diejenigen Verfügungen, welche der Richter zur Erreichung des Zweckes des gerichtlichen

Verfahrens, den Bestimmungen der Proceß-Gesetze gemäß, zu erlassen hat u. s. w.

Noch näher faßt der Plenar-Beschluß vom 9. October 1843. (Entsch. Bd. 9. S. 153.), welcher, im Falle des Angriffes aus dem Art. 3. Nr. 2. der Declaration vom 6. April 1839., freie Beurtheilung zuläßt, die Natur der als wesentlich ausgezeichneten Proceß-Vorschriften in's Auge und theilt dieselben in zwei Classen:

1. in solche, welche allgemeine Normen für jeden erkennenden Richter darüber aufstellen, was bei der Entscheidung zu beobachten ist, kurz, solche Vorschriften, welche mehr den Richter selbst und sein Verfahren betreffen, mithin mehr reglementarischer Natur sind, und
2. solche, welche den zum Grunde liegenden streitigen Fall, die Beurtheilung des streitigen Anspruches selbst berühren und deren Nichtbefolgung die Behauptung begründet, daß der Richter die auf den Gegenstand des Processes selbst bezüglichen Erklärungen der Parteien oder das Ergebniß der Beweismittel über solche entweder übersehen, oder auf eine, ihrem Inhalte direct zuwiderlaufende Weise, aufgefaßt hat.

Ist diese Charakterisirung der Proceß-Vorschriften richtig, so muß sie auch auf die nicht wesentlichen, von den wesentlichen nur durch ihre geringere Wichtigkeit für die Erreichung des Zweckes eines jeden Proceß-Verfahrens verschiedenen, passen. Augenscheinlich gehören die §§. 3. 4. der Verordnung vom 1. Juni 1833., abgesehen davon, daß sie vom Gesetze als wesentliche nicht kenntlich gemacht sind, zu jener ersten Classe; es paßt auf sie, was von letzterer die Gründe des Plenar-Beschlusses weiterhin ausführen:

Sie enthalten bestimmte Normen, die der Richter zu befolgen verpflichtet, von welchen abzuweichen, ihm unter keinerlei Voraussetzung gestattet ist; . . . den Parteien steht ein Recht zu, die Befolgung solcher Vorschriften zu verlangen.

Das Seite 167. ff. desselben Bandes abgedruckte Erkenntniß vom 10. Juni 1843. führt über die rechtsgrundsätzliche Natur des §. 9. der Verordnung über die Execution vom 4. März 1834. treffend aus:

Diese Modalitäten, durch deren Befolgung die gewählte Art der Vollziehung eines Erkenntnisses zur Ausführung zu bringen ist, gehören deshalb zwar zu den Proceß-Vorschriften, weil sie nur die Normen angeben, um das Recht, welches das Erkenntniß gewährte, zu erlangen, dieselben mithin Regeln für das Verfahren vor Gericht enthalten. Dennoch kommt denjenigen, welche sich auf die Leistungen beziehen, die aus einer ausgesprochenen Verurtheilung sich folgern lassen, deshalb die Bedeutung von Rechtsgrundsätzen zu, weil sie die Person und das Vermögen des Verurtheilten unmittelbar betreffen, mithin den Umfang der Verpflichtung zum Gegenstande haben. Wenn dieselben also in Anwendung gebracht sind, so erscheint nicht das Verfahren, also die Art, wie das materielle Recht zur Festsetzung gebracht worden, als in Frage gestellt, sondern es stellt sich direct der Inhalt des Rechtes selbst, das Thun, Geben oder Leisten, Seitens der einen Partei an die andere, als Object der Entscheidung dar.

Nach dieser Classificirung gehören die als verletzt bezeichneten Vorschriften nicht zu den Rechtsgrundsätzen; denn sie haben die Art zum Gegenstande, wie das aus den §. 1. aufgeführten Urkunden entspringende Recht des Klägers zur

Festsetzung, die ohnehin eine nur vorläufige ist, gebracht werden soll; sie betreffen weder die Person und das Vermögen des Verklagten unmittelbar, noch den Umfang seiner Verpflichtung, noch den Inhalt des Rechtes selbst.

Der Plenar-Beschluß vom 5. März 1849. (Entsch. Bd. 18. S. 126. theilt die Verletzungen wesentlicher Proceß-Vorschriften in drei Classen:

1. Verstöße gegen das Proceßverfahren selbst; (Verordnung vom 14. December 1833. §. 5. Nr. 1. und 3., Declaration vom 6. April 1839. Art. 3. Nr. 1. 2.);
2. Verstöße gegen die Vorschriften über Gerichte und Erkenntniß-Abfassung; (Verordnung §. 5. Nr. 4. 5. 6. 7. 8. 9., Declaration Art. 3. Nr. 3.);
3. Verstöße durch Nichtberücksichtigung oder unrichtige Würdigung der Grundlagen der Entscheidung; (Verordnung §. 5. Nr. 2. 10. a.—d., Declaration Art. 3. Nr. 4. 5.);

und stellt, im Gegensatze dazu, als Begriff eines Rechtsgrundsatzes auf:

daß derselbe einen von einem Proceßverfahren unabhängigen Grundsatz in sich schließt, der als Norm für das materielle Recht gilt und daher nicht blos bei processualischen Entscheidungen, sondern auch außer solchen, überhaupt in allen Fällen zur Anwendung kommen kann, wo es sich um die Beurtheilung von Rechten und Rechts-Verhältnissen eines Menschen handelt.

Unter die Grundsätze dieser letzten Gattung passen offenbar Vorschriften nicht, welche, wie die als verletzt bezeichneten, nur die Qualificirung der im Mandats-Processe vorzubringenden Einreden und wie mit den letzteren verfahren werden soll, zum Gegenstande haben, außerhalb eines Pro-

cesses also ohne jede Bedeutung, ohne Einfluß auf das materielle Recht sind.

In Uebereinstimmung mit der vorstehenden Ausführung, erachtet das Nichtigkeits-Erkenntniß des vierten Senates vom 6. Juli 1865. (Striethorst's Archiv Bd. 59. S. 288.) den §. 1. der Verordnung vom 1. Juni 1833., — der von allen den Mandats-Proceß angehenden Vorschriften derselben den Grundsätzen des materiellen Rechtes am nächsten liegt, weil sich aus ihm das Klagerecht im Mandats-Processe aus gewissen Urkunden, was sich als eine Wirkung der letzteren würde auffassen lassen, ergiebt, — für eine nicht wesentliche Proceßvorschrift. Auch das Nichtigkeits-Erkenntniß des dritten Senates vom 11. September 1863. (a. a. O. Bd. 50. S. 228.) führt, der vorstehenden Ausführung entsprechend, aus:

daß der Vorwurf, der Appellations-Richter habe die Natur des Mandats-Processes verkannt, nicht unter den §. 4. der Verordnung vom 14. December 1833. falle. Ebenso gehöre die Frage, unter welchen Voraussetzungen die im Mandats-Processe nothwendige Liquidität eines Einwandes (§. 3. der Verordnung vom 1. Juni 1833.) als vorhanden anzunehmen, dem processualischen Gebiete an, weil sie sich nach den Regeln des Beweises beantworte, (Nr. 11. der Instruction vom 7. April 1839.)

Allerdings hat der Gesetzgeber an diesem Orte „die Regeln des Beweises einer bestrittenen Thatsache" als Proceß-Vorschriften ausdrücklich charakterisirt, unverkennbar aber nur beispielsweise, wie die Fassung der Nr. 11., insbesondere das Wort „auch" klar erkennen läßt. Dadurch treten die Beweisregeln nicht in Gegensatz zu anderen das Verfahren regelnden Normen. Zu den letzteren sind ohne Bedenken die in den §§. 3. und 4. sonst noch enthaltenen Vorschrif-

ten zu rechnen, welche in dieser Hinsicht dem Erfordernisse der Liquidität der vorgebrachten Einreden mindestens gleich stehen, mithin auch im Sinne des Erkenntnisses vom 11. September 1863. nicht zu den Rechtsgrundsätzen, sondern zu den Proceß-Vorschriften gerechnet werden müssen.

Anderer Ansicht ist das Nichtigkeits-Erkenntniß des dritten Senates vom 2. Juli 1858, welches die §§. 2.—4. der Verordnung vom 1. Juni 1833. für Rechtsgrundsätze erachtet, und in der Zulassung einer verspäteten Einrede eine Nichtigkeit im Sinne des §. 4. der Verordnung vom 14. December 1833. erkennt. Näher motivirt ist diese Ansicht nicht; auch beruht die beim zweiten und dritten Puncte des angefochtenen Urtels ausgesprochene Vernichtung nicht ausdrücklich auf derselben, so daß es nicht bedenklich erscheinen konnte, von dieser Ansicht in der gegenwärtigen Proceßsache abzugehen, bei welcher, nach Lage der Sache, die vorstehend erörterte Frage entscheidend war.

Danach war die Nichtigkeits-Beschwerde bei diesem Puncte zu verwerfen.

Nicht begründeter ist der andere Angriff derselben. Derselbe hat zum Gegenstande:

> daß der Richter durch die Berücksichtigung des von dem Litisdenunciaten, nach dem Ablaufe der in dem Mandate an den Verklagten gestellten Frist, erhobenen Einwandes die Ueberschreitung eines gesetzlichen Präclusiv-Termines zugelassen und damit eine wesentliche Proceß-Vorschrift im Sinne des §. 5. Nr. 3. der Verordnung vom 14. December 1833. verletzt habe.

Ein derartiger Verstoß liegt deshalb nicht vor, weil die in dem Mandate zu stellende Einreden-Frist kein gesetzlicher Präclusiv-Termin, im Verstande der allegirten Vorschrift, ist.

Dies ergiebt schon der Wortlaut derselben. Der Nachdruck liegt auf dem Worte „gesetzlich", wie auch aus der Entstehungs-Geschichte der Verordnung folgt. Nach den eingesehenen Acten des Justiz-Ministeriums und des Staatsrathes über die Vorberathungen zu der Verordnung vom 14. December 1833. ließ der zuerst im Ministerium aufgestellte Gesetzes-Entwurf die Nichtigkeits-Beschwerde, als Surrogat der wegen Ueberlastung des obersten Gerichtshofes einzuschränkenden Revision, nur wegen rechtsgrundsätzlicher Verstöße zu. Bei der Berathung im Ministerium fand man nöthig, diesen Verstößen die Verletzungen wesentlicher Proceß-Vorschriften gleich zu stellen. Welches die letzteren seien, bestimmte der Entwurf, wie er dem Staatsrathe vorgelegt wurde, nicht; man vertraute, die Praxis des obersten Gerichtshofes werde hier das Richtige finden und fixiren. Der Staatsrath fand solches bedenklich und man ließ in einem besonderen Entwurfe, der die Beilage zu dem Protocolle vom 13. Juni 1833. bildet, die bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachtenden Vorschriften des Processes zusammenstellen. In diesem nachmals wenig geänderten Entwurfe lautete der §. 5. Nr. 3.:

> wenn die Fristen zur Anmeldung der Appellation, zur Anstellung einer Restitutions-Klage und wo die Gesetze sonst einen Präclusiv-Termin vorschreiben, überschritten worden.

In der Sitzung des Staatsrathes vom 19. Juni 1833. fand man bei Nr. 3. nur die Fassung zu tadeln, weshalb die Bestimmung anders gegeben wurde und ihre jetzige Gestalt erhielt.

Namentlich in der früheren Fassung ergiebt die Vorschrift klar, daß man nur die Ueberschreitung der Fatalien, der Nothfristen, hat verpönen wollen. Das Charakteristische einer Proceßfrist dieser Gattung ist, daß sie von selbst, ohne

richterliche Anordnung, ihren Lauf beginnt und keine Prorogation zuläßt, und daß mit ihrem Ablaufe die innerhalb der Frist vorzunehmende Parteihandlung ipso jure ausgeschlossen wird. Den Gegensatz bildet die richterliche Frist, der richterliche Präclusiv-Termin. Auch diese Frist hat zwar die Bedeutung, wenn die Partei versäumt, die innerhalb derselben vorzunehmende Handlung auszuführen, daß die auf die Versäumung vom Gesetze oder vom Richter angedroheten Contumacial-Nachtheile eintreten, die Partei mit der zu bewirken gewesenen Handlung präcludirt wird. Allein der Unterschied zwischen den beiden Gattungen von Proceßfristen besteht darin, daß dem Richter auf die Dauer der letzteren, in der Regel, ebenso von vorn herein, als während ihres Laufes, durch die Befugniß zur Prorogation Einfluß gestattet ist. Die gesetzlichen Proceßfristen haben regelmäßig einen absoluten, zwingenden Charakter und sind der Willkür und Vereinbarung der Parteien ebenso entrückt, als dem Ermessen des Richters; ihre Ueberschreitung greift in Fundamentalsätze des Verfahrens ein und hat deshalb eine andere Bedeutung, als die Ueberschreitung einer richterlichen Proceßfrist, deren Zulassung, wo sie nicht aus besonderen Gründen für unzulässig erachtet werden muß, eine Prorogation oder eine Restitution zur kurzen Hand in sich schließt.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob von diesen beiden Gattungen der Proceßfristen noch eine dritte zu unterscheiden ist, welche zwischen beiden liegend, mit der letzteren die Festsetzung ihrer Dauer nach richterlichem Ermessen, mit der ersteren aber gemein hat, daß eine solche Frist, nachdem sie einmal bestimmt worden, der richterlichen Erstreckung und der Restitution gegen ihre Versäumniß entzogen ist. Denn auch eine solche Frist ist die in dem Mandate festzusetzende nicht, überhaupt keine gesetzliche Präclusiv-Frist

im Sinne des §. 5. Nr. 3. der Verordnung. Letztere versteht unter einem gesetzlichen Präclusiv-Termine eine Nothfrist, ein Fatale; eine solche ist unzweifelhaft die in der älteren Fassung des §. 5. Nr. 3. vorangestellte Frist zur Anmeldung der Appellation. Die vierjährige Frist zur Anstellung der Restitutionsklage (§§. 13. 14. Tit. 16. Thl. I. der Allg. Ger.-Ordn.) hat eine gleiche Bedeutung und Wirkung. Auch die Restitutionsklage läßt sich für ein Rechtsmittel, in der weiteren Bedeutung dieses Begriffes, erachten; sie unterscheidet sich von den gewöhnlichen Rechtsmitteln wesentlich dadurch, daß sie zur Anfechtung schon in Rechtskraft übergegangener, den gewöhnlichen Rechtsmitteln nicht mehr zugänglicher, Erkenntnisse, in gewissen Fällen, dient; die vierjährige Frist beginnt mit der Publication des anzufechtenden Urtels; ihr Ablauf wirkt, wie der einer gewöhnlichen Rechtsmittelfrist.

Wenn, nach Aufführung dieser beiden Fälle, im §. 5. Nr. 3. die zugelassene Ueberschreitung eines sonstigen gesetzlichen Präclusiv-Termines für Verletzung einer wesentlichen Proceß-Vorschrift erklärt wird, so folgt schon aus der Gleichstellung mit jenen beiden Fällen, daß dieser Zusatz nichts, als eine General-Clausel, ist, mittelst welcher das Uebersehen anderer gleichartiger und gleich bedeutender Fälle, welches erfahrungsgemäß von der Exemplification und Casuistik im Gesetze, wie sie der §. 5. der Verordnung darbietet, beinahe unzertrennlich scheint, verhütet werden sollte. In der älteren Fassung: „und wo die Gesetze sonst einen Präclusiv-Termin vorschreiben", ist dies noch weniger zu verkennen. Eine Erweiterung seiner Vorschrift, in welcher dieselbe von den vorangestellten, der Art und Bedeutung nach, verschiedene Fälle umfassen würde, hat der Gesetzgeber durch die angehängte General-Clausel augenscheinlich nicht beabsichtigt und jedem

etwaigen Mißverständnisse seiner Idee durch das Wort: „gesetzlich" vor Präclusiv = Termin vorgebeugt. Die, nach dem §. 2. der Verordnung vom 1. Juni 1833., dem im Mandats=Processe Verklagten zu stellende, Frist zur Geltendmachung seiner Einwendungen ist kein gesetzlicher Präclusiv=Termin in diesem Sinne, sondern eine richterliche Frist. Der Mandats=Proceß ist an die Stelle des Executiv = Processes getreten; statt des nach dem §. 4. Nr. 2. Tit. 28. Thl. I. der Allg. Gerichts=Ordnung so nahe, als möglich, anzusetzenden Termines zur Vernehmlassung auf die Klage, ist eine Frist zur Anbringung von etwaigen Einreden verstattet worden, welche, unter Berücksichtigung der Verschiedenheit, daß im Executiv = Processe die Einreden zu Protocoll genommen wurden, während im Mandats=Processe der Verklagte auf den Weg der Schriftlichkeit verwiesen wird, dieselbe Bedeutung hat, wie die Frist bis zu jenem Termine und der letztere selbst. Daß diese Terminsfrist aber eine vom Richter zu bestimmende, kein gesetzlicher Präclusiv=Termin war, bedarf keiner Ausführung. Nur scheinbar steht der Gleichstellung der Einreden=Frist im Mandats = Processe mit der Terminsfrist im Executiv=Processe der Umstand entgegen, daß die erstere, nach dem §. 2. der Verordnung vom 1. Juni 1833., vierzehn Tage, von der Insinuation des Befehles an, betragen soll. Diese gesetzliche Fixirung macht die Frist indessen nicht zu einer gesetzlichen im obigen Sinne, sondern ist nur eine Leitung des richterlichen Ermessens bei der Bestimmung der Frist, wie sie an anderen Stellen der Verordnung, z. B. im §. 9., der die Frist zur Vorbereitung auf die Klage=Beantwortung, nach welcher der Termin zu der letzteren hinauszurücken ist, auf vierzehn Tage fixirt, was Niemand, da der Richter den Termin ansetzt, für einen gesetzlichen Präclusiv=Termin halten wird, wiederkehrt. Un=

verkennbar charakterisirt sich aber die Einreden-Frist als eine richterliche, im Gegensatze zu einem gesetzlichen Präclusiv-Termin, und zu einer Nothfrist, dadurch, daß dem Richter das Ermessen eingeräumt wird, in besonderen Fällen dieselbe bis auf acht Tage zu verkürzen und bis auf sechs Wochen zu verlängern, um so mehr, wenn man berücksichtigt, daß von seinem Ermessen die Beurtheilung abhängt, ob ein solcher besonderer Fall vorliegt. Ganz im Sinne der vorstehenden Ausführung verordnet der §. 9. der Instruction zur Verordnung vom 1. Juni 1833.:

> Bei der Abfassung des Mandates und bei der Bestimmung der Frist, zu seiner Befolgung, ist die Vorschrift des §. 2. genau zu beachten. Die Frist wird durch den Decernenten bestimmt.

Koch in seinem Commentar zur Allg. Gerichts-Ordnung (Note 39. zu Tit. 28.) hält, auf Antrag des Verklagten, nach dem Ermessen des Richters, bei Berücksichtigung der besonderen Umstände, sogar eine Verlängerung der einmal gestellten Frist für zulässig; eine Ansicht, die zwar nicht unbedenklich ist, aber jedenfalls das für sich hat, daß die besonderen Umstände, welche eine Verlängerung der Frist bis auf sechs Wochen motiviren, die also vom Richter berücksichtigt werden müssen, nicht immer schon bei Erlaß des Mandates bekannt sind.

Läßt der Richter die Ueberschreitung einer Frist dieser Art zu, ohne dieselbe verlängert oder gegen die nachtheiligen Folgen ihres Ablaufes restituirt zu haben, so begeht er allerdings einen processualischen Verstoß zum Schaden des anderen Theiles, dem durch den fruchtlosen Fristablauf ein Vortheil erwachsen war. Allein dieser Verstoß hat eine geringere Bedeutung und Wichtigkeit, als die zugelassene Ueberschreitung einer gesetzlichen Nothfrist, welche eine Rechts-

mittel-Instanz eröffnet, wo die gesetzlichen Voraussetzungen derselben nicht vorhanden sind, wo also in Fundamental-Gesetze des Processes eingegriffen wird. Besonders klar tritt dieser Unterschied im vorliegenden Falle hervor. Berücksichtigt der Richter eine verspätete Einrede im Mandats-Processe, so verstattet er den Verklagten oder seinen Assistenten zum Gehör, auf welches Letzterer wegen der Frist-Versäumniß zwar nicht in dem provisorischen Mandats-, doch aber in dem nachfolgenden Separat-Processe ein unbestreitbares Recht hatte. Der richterliche Verstoß trifft also blos die Art und Form, wie der Verklagte oder dessen Assistent ihr Einrederecht geltend machen, ist mithin verhältnißmäßig kein bedeutender. Bei der Zusammenstellung der, bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachtenden, Proceß-Vorschriften ist man sich sehr wohl bewußt gewesen, daß es unmöglich sei, dem neuen Rechtsmittel, das ja den Zweck hatte, die Arbeitslast des obersten Gerichtshofes zu erleichtern, eine solche Ausdehnung zu geben, daß alle Fälle getroffen wurden, in denen durch Nichtbefolgung von Vorschriften des Processes nicht richtig geurtheilt worden ist. Man beschränkte sich auf die gröbsten Verstöße dieser Art, wobei dann freilich, bei der Exemplification der Nichtigkeitsfälle, unvermeidlich war, daß processualische Verstöße im Gesetze fehlen, welche mit den in dasselbe aufgenommenen als gleichbedeutend erscheinen. Für die im Processe vorkommenden Fristen hat die nothwendige Einschränkung des Rechtsmittels dazu geführt, nur die Verletzung der für das Verfahren bedeutsamsten Fristen, der gesetzlichen Präclusiv-Termine, in ihrer Beobachtung durch Androhung der Nichtigkeit zu sichern.

Aus diesen Gründen muß auch der andere Angriff der Nichtigkeits-Beschwerde, weil durch die Berücksichtigung der

von dem Litisdenunciaten, nach dem Ablaufe der Einreden-Frist gegen die Klage erhobenen Einrede jedenfalls kein gesetzlicher Präclusiv-Termin überschritten worden ist, für verfehlt erachtet werden. Das schon erwähnte Nichtigkeits-Erkenntniß vom 2. Juli 1858. ist auch hierin anderer Ansicht, indem es die Zulassung von Einreden nach abgelaufener Frist für einen Verstoß gegen den §. 5. Nr. 3. der Verordnung vom 14. December 1833. erklärt. Näher motivirt ist auch diese Auffassung nicht.

Aus den vorstehenden Gründen hat der Senat in dem vorliegenden Falle, dessen Entscheidung von der Beantwortung der hier erörterten Frage abhing, die frühere Ansicht verlassen zu müssen geglaubt.

№ 47.

Nichtigkeits-Beschwerde.

Muß eine Nichtigkeits-Beschwerde, in welcher der Thatbestand des Vorderrichters nicht angefochten ist, zurückgewiesen werden, wenn der Vorderrichter zwar in seiner Rechtsausführung Gesetze oder Rechtsgrundsätze an sich verletzt hat, dieselben aber nach seinem Thatbestande wirklich anzuwenden oder nicht anzuwenden waren?

Verordnung vom 14. December 1833. §. 17.
Declaration vom 6. April 1839. Art. 11.
Instruction vom 7. April 1839. Nr. 35.

Dem Rentier G. in B. war polizeilich untersagt worden, in einem Saale seines Hauses eine bauliche Veränderung vorzunehmen. Er hielt dafür, daß die betreffende polizeiliche Verfügung aus Gründen des Gemeinwohles ergangen und daß er durch dieselbe in dem rechtmäßigen Gebrauche seines Eigenthumsrechtes beschränkt sei. In der Voraussetzung, daß die Versagung der Bau-Erlaubniß im unmittelbaren Interesse des Staates geschehen sei, nahm der Rentier G. den Fiscus auf Schadloshaltung in Anspruch. Verklagter erhob zwar verschiedene Einreden, wurde jedoch durch das, in zweiter Instanz bestätigte, Erkenntniß des Stadtgerichtes zu Berlin vom 26. März 1868., nach dem Klage-Antrage verurtheilt. In seiner Entscheidung vom 10. December 1868. hatte das Kammergericht ausgeführt, daß der Staat, in einem Falle der vorliegenden Art, den beschädigten Eigenthümer selbst dann schadlos halten müsse, wenn der verklagte Fiscus auch den Nachweis führe, daß die Beschränkung des Eigenthümers gar nicht im Interesse des Staates, sondern in demjenigen eines Anderen geschehen sei. Fiscus beklagte sich in der von ihm erhobenen Nichtigkeits-Beschwerde in dieser Hinsicht über Verletzung verschiedener, von ihm angerufener, gesetzlicher Vorschriften. In dem von dem zweiten Senate des Ober-Tribunals am 28. October 1869. gefällten Erkenntnisse wurde zwar der Vorwurf der unrichtigen Auslegung der bezeichneten Gesetze als richtig anerkannt, gleichwohl die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen. Hierauf bezüglich heißt es in den Entscheidungs-

Gründen.

Es fragt sich aber weiter, und dies wird von dem Verklagten ausdrücklich und als wesentlich betont: ob, abgesehen von der Argumentation des zweiten Richters, die be-

rufenen Gesetze verletzt worden sind, wenn man dabei die thatsächlichen Festsetzungen des Richters in Rechnung zieht? Verklagter ist der Ansicht, solches dürfe nicht geschehen, weil der Richter diese Festsetzungen als unerheblich bezeichne; Kläger ist entgegengesetzter Meinung. Der Streit führt zu der sehr erheblichen Frage: ob ein Erkenntniß zu vernichten ist, wenn die Rechtsdeduction des Richters wider die angezogenen Gesetze verstößt, oder, ob, abgesehen von dieser Rechtsdeduction, bei dem von dem zweiten Richter festgestellten und nicht mit Erfolg oder gar nicht angefochtenen Thatbestande die als verletzt allegirten Vorschriften auch in Wirklichkeit verletzt sein müssen, um eine Vernichtung der angefochtenen Entscheidung herbeizuführen.

Die einschlagenden speciellen gesetzlichen Vorschriften sind enthalten in dem §. 17. der Verordnung vom 14. December 1833., dem Art. 11. der Declaration vom 6. April 1839. und in der Nr. 35. der Instruction vom 7. April 1839. Der stringente Wortlaut dieser Vorschriften bietet zur Lösung jener Frage keinen Anhalt. Sieht man auf die Absicht des Gesetzgebers, so hat die Nichtigkeits-Beschwerde unter Anderem den hauptsächlichen Zweck, daß die Parteien gegen die unrichtige Anwendung oder Nichtanwendung materieller Rechtsgrundsätze geschützt werden sollen. Diesem Zwecke gemäß kann es nicht darauf ankommen, ob in einem gegebenen Falle die von dem Beschwerdeführer berufenen Gesetze oder Grundsätze, zufolge der Rechtsdeduction des Urtelsfassers und durch dieselbe, sondern ob solche nach der Ansicht des über die Nichtigkeits-Beschwerde erkennenden Richters, bei dem unangefochtenen oder unanfechtbaren Thatbestande des Appellations-Richters, in der That verletzt worden sind, weil der Implorant nur in diesem Falle über eine Rechtsverletzung sich beklagen kann.

Hiernach erscheint die zweite Alternative der oben aufgestellten Frage gerechtfertigt. In gleicher Weise wird, nach anerkannter Praxis, die angefochtene Entscheidung nicht vernichtet, wenn das Erkenntniß auf verschiedenen, selbstständigen Gründen beruht und einer derselben gar nicht oder nicht mit Erfolg angefochten ist. — Art. 8. der Instruction. — Hiernach aber muß der in Rede stehende Angriff zurückgewiesen werden, wenn, wie der zweite Richter thatsächlich feststellt, das Haus des Klägers zu einem Schmuckplatz eingerichtet werden soll, und reservirt wird, um den Königsplatz, auf welchem der Grundstein zu einem National-Denkmal gelegt ist, in dazu würdiger Weise zu umgeben oder herzurichten, da das hierbei obwaltende Interesse, wie der zweite Richter mit Recht sagt, ein spezielles Interesse der Stadt B. nicht bildet, vielmehr ein allgemein staatliches darstellt.

№ 48.

Manifestations-Eid.

Kann der Manifestations-Eid, wenn der dazu Verpflichtete vor dessen Leistung verstirbt, von seinen Erben gefordert werden?

A. G.-O. Thl. I. Tit. 22. §§. 28. 29. 30. 33.
A. L.-R. Thl. I. Tit. 9. §§. 440. u. ff.

Die Eheleute K. haben in ihrem wechselseitigen Testamente sich gegenseitig zu alleinigen, und nach dem Tode des Ueberlebenden den Ruben O. und seine damalige Braut,

nachherige Ehefrau Sara D., zu Erben ihres beiderseitigen Vermögens eingesetzt, den Letzteren auch ihre Kinder substituirt. Der Ehemann K. starb zuerst; nach ihm, im Jahre 1851., die Ehefrau K. Die Erben des beiderseitigen Nachlasses waren nunmehr

1. die schon Wittwe gewordene Sara D., die sich später mit dem jetzigen Verklagten, M. D., wieder verheirathet hat, und
2. zwei Kinder aus ihrer Ehe mit dem inzwischen verstorbenen Ruben D., darunter der jetzige Kläger Salomon D.

Es ist von dem zweiten Ehemanne der verwittwet gewesenen Sara D. ein Nachlaß-Inventar dem Nachlaß-Richter eingereicht, nachher ein zweites von einem Gerichts-Deputirten aufgestellt, die Theilung erfolgt und ein Erbreceß abgeschlossen worden. Später ist die Sara D. verstorben und hat ihren zweiten Ehemann, den jetzigen Verklagten, und Kinder aus ihren beiden Ehen zu ihren Erben hinterlassen.

Kläger, ein Sohn der Sara D., aus ihrer ersten Ehe mit Ruben D., verlangt jetzt von seinem Stiefvater, dem Verklagten, die Leistung des Manifestations-Eides in Ansehung der Verlassenschaften der Eheleute K., an denen er, der Kläger, mit seiner verstorbenen Mutter als Miterbe concurrirt hatte. Verklagter hat diesem Verlangen widersprochen und die Klage ist auch durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichtes zu Heiligenstadt vom 1. März 1870., und des Appellations-Gerichtes zu Halberstadt vom 20. Juli 1870. zurückgewiesen.

Auf die Nichtigkeits-Beschwerde des Klägers ist aber, durch das Erkenntniß des ersten Senates des Ober-Tribunals, vom 23. Januar 1871., das Appellations-Urtel vernichtet

und, unter Abänderung des ersten Erkenntnisses, Verklagter zur Leistung des Manifestations-Eides in Betreff des Nachlasses der Eheleute K. für verbunden erachtet. Behufs Verhandlung und Entscheidung über die Norm des Eides ist die Sache in die erste Instanz zurückverwiesen.

G r ü n d e.

Der Manifestations-Eid kann nach dem §. 28. Tit. 22. Thl. I. der A. G.-O. gefordert werden, wenn Jemand einen Inbegriff von Sachen oder Rechten ganz oder zu einem bestimmten Antheile anzuzeigen oder herauszugeben hat. Der folgende §. 29. enthält eilf verschiedene Fälle, in welchen gewisse Personen zu dessen Leistung verbunden sind. Zu diesen Personen gehören unter:

3. Erben, die bei dem Ableben des Erblassers im Sterbehause sich befunden, oder auch nachher in den Besitz der Erbschaft gesetzt worden; wenn Miterben oder erbschaftliche Gläubiger darauf dringen, und entweder kein gerichtliches Inventarium vorgelegt werden kann, oder die Siegelung nicht zur rechten Zeit erfolgt ist.

Nach diesen Vorschriften würde, auf Verlangen des Klägers, der Ehefrau des Verklagten die Pflicht obliegen, den Manifestations-Eid zu leisten. Vermöge der Erbes-Einsetzungen und Substitutionen in dem wechselseitigen Testamente des Handelsmannes K. und seiner Ehefrau Marianne, geb. Ruben B., ist nach dem am 6. April 1851. erfolgten Tode der überlebenden Ehefrau unbestritten der gemeinschaftliche Nachlaß beider Eheleute

1. auf die Ehefrau des Verklagten, Sara, geb. D., und
2. auf zwei in ihrer ersten Ehe mit Ruben D. erzeugte, damals minorenne Kinder, darunter den jetzigen Kläger,

vererbt worden. Die erste Miterbin war zu jener Zeit mit

dem Verklagten wieder verheirathet. Beide haben sich nach dem Tode der Wittwe K. in den Besitz ihres und ihres erstverstorbenen Ehemannes gemeinschaftlichen Nachlasses gesetzt. Ob sie sich beim Tode im Sterbehause befunden haben, ist gleichgültig und kann auf sich beruhen. Eine Siegelung des Nachlasses ist nicht erfolgt; später ist vom Verklagten ein Privat-Inventar eingereicht und in der Folge von einem Gerichts-Deputirten, der mit der Taxation des Nachlasses beauftragt war, ein später der Erbtheilung zum Grunde gelegtes neues Inventarium angefertigt. — Die Ehefrau des Verklagten ist gestorben; durch ihren Tod ist ihre Pflicht, den Manifestations-Eid in Ansehung des Nachlasses der Eheleute K. zu leisten, auf den Verklagten, ihren Erben, übergegangen. Die Erbschaft der Verstorbenen besteht, nach dem §. 350. Thl. I. Tit. 9. des A. L.-R., aus dem Inbegriffe aller ihrer hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten. Unter denselben sind auch ihre Verpflichtungen, dem Kläger gegenüber, als ihrem Miterben an dem Nachlasse der mehr genannten Eheleute, begriffen. Die Leistung des Manifestations-Eides von einem Erbeserben kann, wenn er von den Verhältnissen des zu manifestirenden Vermögens weniger gut unterrichtet ist, als der ursprünglich Verpflichtete, dem Berechtigten eine geringere Gewähr geben. Diese mögliche Frage ist aber eine zufällige und dabei keine nothwendige. Im vorliegenden Falle insbesondere ist dem Verklagten keine geringere Kenntniß, als sie seine verstorbene Ehefrau hatte, zuzutrauen, da er der Verwalter und Nießbraucher ihres Vermögens gewesen ist, in Gemeinschaft mit ihr den Nachlaß der K.'schen Eheleute in Besitz genommen hat, und vor, wie nach dem Tode der Wittwe K., ihr Vermögen, resp. ihren Nachlaß verwaltet haben soll. Uebrigens hat auch der Erbe, bevor er den Eid leistet, sich

aus den hinterlassenen Schriften des Erblassers und sonst alle ihm möglichen Nachrichten über das zu manifestirende Vermögen zu verschaffen.

Der Appellations-Richter ist der Meinung, daß das Recht des Klägers auf den Manifestations-Eid, und die entsprechende Pflicht, ihn zu leisten, durch den Tod der Ehefrau des Verklagten erloschen sei. Er hat demgemäß den Kläger mit seinem Anspruche auf Leistung desselben abgewiesen. — Mit Recht ist ihm zum Vorwurfe gemacht, daß er die allegirten §§. 28. 29. Nr. 3., ingleichen den §. 440. Thl. I. Tit. 9. des A. L.-R., nach welchen ein jedes Privat-Inventarium, auf Erfordern eines dabei Betheiligten, eidlich bestärkt werden muß, außer Anwendung gelassen und dadurch verletzt habe. Zur Begründung seiner Ansicht führt der Appellations-Richter zwar an: Die Ehefrau des Verklagten sei diejenige gewesen, die die Pflicht gehabt habe, das Inventarium von dem Nachlasse der K.'schen Eheleute einzureichen und eidlich zu manifestiren. Die Pflicht zur Leistung des Manifestations-Eides sei eine rein persönliche, und könne daher auf die Erben des Verpflichteten nicht übergehen. Es ergebe sich dies daraus, daß der Erbe des Verpflichteten von der Richtigkeit des Inventariums keine Kenntniß zu haben brauche. Er würde den von dem Erblasser de veritate zu leistenden Eid nur de ignorantia leisten können. Einen Manifestations-Eid de ignorantia gebe es nicht, weshalb zu folgern, daß der Erbe einen solchen Eid nicht leisten solle.

Diese Ausführung beruht jedoch auf rechtlichen Irrthümern. Von der Regel des §. 350. a. a. O. ist in dem §. 360. das. die Ausnahme gemacht, daß Rechte und Verbindlichkeiten, welche blos an der Person des Erblassers haften, zu seiner Erbschaft nicht zu rechnen sind. Zur Erläuterung

verweiset der §. 360. auf den §. 102. der Einl. (aus einem Druckfehler ist §. 106. angeführt) und auf den §. 40. Thl. I. Tit. 2. des A. L.-R. Nach dem letzteren werden Rechte, die blos an den Stand gebunden sind, einem Inbegriffe im gesetzlichen Sinne nicht beigezählt. Nach dem §. 102. der Einl. verschwinden Rechte, die nur der Person ankleben, durch den Tod derselben; worauf in den §§. 103. und 104. die Bestimmungen folgen, daß zum freien Eigenthume zu rechnende Rechte mit dem Tode des Besitzers, nach näherer Vorschrift der Gesetze, auf Andere übergehen, daß aber blos an den Stand gebundene Rechte nicht übertragen werden können, und mit dem Stande verloren gehen. In Verbindung mit diesen Grundsätzen ist die Ausnahme des §. 360. cit. hauptsächlich auf Rechte und Verbindlichkeiten aus Standes- und Familien-Verhältnissen zu beziehen. Dahin gehört die Pflicht zur Leistung des Manifestations-Eides an sich nicht. Sie betrifft vermögensrechtliche Verhältnisse und fällt im Allgemeinen unter die Regel des §. 350. cit. Dies wird sich wenigstens Hinsichts der Pflicht zur Herausgabe des Nachlaß-Inventariums nicht bestreiten lassen. Stirbt der Erbe, bevor er derselben nachgekommen ist, so muß sie von seinem Erben erfüllt werden, der alsdann auch das von ihm zu legende Inventar eidlich zu bestärken hat. Hat aber der Erbe selbst schon das Inventarium gelegt, so ist damit doch nicht seine Verpflichtung in ihrem ganzen Umfange erledigt, und die Leistung des Manifestations-Eides von seinen Erben noch nachzuholen. Es kann zugegeben werden, daß in besonderen Fällen auch vermögensrechtliche Verpflichtungen an die Person des Verpflichteten gebunden sind und alsdann mit seinem Tode wegfallen; allein daß, wie der Appellations-Richter dafür hält, die Verbindlichkeit zur Leistung des Manifestations-Eides allgemein zu solchen besonderen Fällen gehöre, in

denen die Regel des §. 350. ausgeschlossen ist und die Ausnahme des §. 360. Platz greift, läßt sich nicht annehmen. Auch hat der Appellations=Richter weder specielle Vorschriften, noch Verträge, eigenthümliche Verhältnisse, oder sonst etwas, anzuführen vermocht, woraus herzuleiten wäre, daß im vorliegenden Falle das Recht des Klägers auf den Eid mit dem Tode der Ehefrau des Verklagten untergegangen sei. Die Erwägung, auf welche allein der Appellations=Richter sich stützt, daß der Manifestations=Eid ein Wahrheitseid sei, der Erbe des ursprünglich Verpflichteten ihn nur de ignorantia würde schwören können, erscheint als verfehlt. Die Allg. Gerichts=Ordnung hat im §. 30. Thl. I. Tit. 22. keine bestimmte Formel für den Manifestations=Eid, ein für allemal, vorgeschrieben, die Festsetzung derselben in jedem einzelnen Falle nach den jedesmaligen Umständen dem Erkenntnisse überlassen. Die gebräuchliche Formel ist, daß der Schwörende den Nachlaß getreulich angegeben und wissentlich nichts davon verschwiegen habe. Es soll nur nach dem §. 33. a. a. O. darin das Versprechen mit aufgenommen werden, daß der Schwörende, wenn sich in der Folge ergeben sollte, daß etwas außer Acht gelassen sei, davon noch getreuliche Anzeige thun wolle. In diesem zusätzlichen Theile ist der Eid ein promissorischer, der daher von dem Erben eben so gut, wie von dem ursprünglich Verpflichteten geschworen werden kann. Auch in dem ersten Theile des Eides hat der Verpflichtete keine Thatsache oder Handlung zu erhärten, von der zwar ihm, nicht aber nothwendig seinem Erben, eine eigene Kenntniß beiwohnen müßte. Zweck und Sinn desselben ist, festzustellen, worin nach der Kenntniß des Manifestirenden, der Nachlaß besteht. Er hat zu beschwören, daß, nach seiner Kenntniß, der Verstorbene kein mehreres Vermögen hinterlassen hat, als von

ihm angegeben worden, und in dem entworfenen Inventarium aufgeführt sei. Ein Weiteres kann von dem ursprünglich Verpflichteten nicht verlangt werden und ein Gleiches liegt seinem Erben ob. — Von wem die Nachrichten herrühren, auf Grund deren die beiden vorerwähnten, bei Lebzeiten der Ehefrau des Verklagten aufgestellten, Inventarien zusammengestellt sind, ob von ihr oder von wem sonst? ist ganz gleichgültig. Selbstverständlich braucht Verklagter das Nachlaß-Vermögen nicht anzuzeigen, was sich schon in dem Inventarium aufgeführt findet, und was in dem Erbrecesse vom 25. August 1853., nebst dem Nachtrage vom 19. April 1854., zur Theilung unter die Erben gekommen ist. Er muß aber vor Leistung des Eides, unter Vorlegung der gedachten Verhandlungen, darüber vernommen werden, welche andere, oder daß er keine andere Nachlaßgegenstände, als die bezeichneten, anzuzeigen im Stande sei. Wird, nachdem dies geschehen, die für die gewöhnlichen Fälle übliche Formel angewendet, so beschwört der Erbe in derselben nichts mehr und nichts weniger, als der ursprünglich Verpflichtete, die von ihm selbst getreulich gemachte Anzeige über die vorhandenen Nachlaßgegenstände, nach der ihm davon beiwohnenden eigenen besten Kenntniß. Dem Richter steht aber auch frei, dem Eide eine andere Norm zu geben und in derselben auszudrücken, daß der Erbeserbe getreulich angegeben habe, ob und welche sonstige Gegenstände ihm noch bekannt seien, und daß er keine mehreren angeben könne. Den Gebrauch einer, der Sachlage sich näher anschließenden, Formel kann für nöthig erachtet werden, um etwaigen Mißverständnissen und Zweifeln vorzubeugen, zu welchen die Anwendung der gewöhnlichen Formel Anlaß geben könnte. Wenn aber der Grund des Appellations-Richters, daß die Verpflichtung zum Manifestations-Eide auf den Verklagten,

als Erben, nicht übergegangen sei, ausscheiden muß, so verliert dadurch die Entscheidung ihren Halt und es unterliegt dieselbe der Vernichtung.

Kläger hält den Verklagten noch aus anderen Gründen zum Manifestations-Eide für verpflichtet, weil er zur Zeit des Todes der Wittwe K. maritalischer Verwalter und Nießbraucher des Vermögens seiner Ehefrau gewesen sei, weil er in Gemeinschaft mit ihr den Nachlaß der Wittwe K. in Besitz genommen und weil er vor und nach dem Tode das Vermögen ganz oder theilweise verwaltet habe. Der Appellations-Richter achtet den Anspruch auch durch diesen Grund nicht für gerechtfertigt. Es bedarf indessen keines Eingehens auf eine Beurtheilung der hiergegen gerichteten Angriffe, da schon die erste Beschwerde für sich allein als durchgreifend erscheint. Aus dem Obigen folgt für die Hauptsache, daß Verklagter, als Erbe seiner Ehefrau, zur Leistung des Manifestations-Eides von dem gemeinschaftlichen Nachlasse der Eheleute K. für schuldig erkannt werden muß. Der Nachlaß des Ehemannes macht kein für sich bestehendes Vermögen, sondern nach dem wechselseitigen Testamente beider Eheleute einen integrirenden Theil des Nachlasses der überlebenden Ehefrau aus.

Verklagter hat noch eingewendet, daß das Auseinandersetzungs-Verfahren beendet, auf Grund des Inventariums die Theilung des Nachlasses der Eheleute K. durch den Erbreceß vom 25. August 1853. nebst dem Nachtrage vom 19. April 1854. geschehen und ausgeführt sei. Indessen ist dadurch das Recht auf Leistung des Manifestations-Eides dem Kläger nicht verloren gegangen. Der Vormund des Klägers hat vielmehr sowohl in der Nachlaßregulirungs-Verhandlung vom 30. Juli 1851., als auch wiederum in dem Erbrecesse vom 25. August 1853. das Recht dazu dem Kläger aus-

drücklich vorbehalten. Später hat Kläger niemals dasselbe durch eine Verzichts-Erklärung aufgegeben, und nach erreichter Großjährigkeit nicht einmal seinen gewesenen Vormündern unbedingte Decharge ertheilt.

Die Formel des Eides, welche nach dem §. 30. Thl. I. Tit. 22. der A. G.-O. im Erkenntnisse bestimmt werden soll, kann noch nicht festgesetzt werden, da dies in erster Instanz nicht geschehen, darüber noch nicht verhandelt, auch ein Einverständniß der Parteien, in welcher Norm der Eid zu leisten, nicht ersichtlich ist. Es ist daher nur die Verurtheilung des Verklagten zur Leistung des Eides auszusprechen und die Sache in die erste Instanz zurückzuweisen, um zuvörderst über die Formel desselben zu entscheiden.

Die weiteren, einige Nebenpunkte betreffenden, Gründe sind hier von keinem Interesse.

№ 49.

Pächter. — Concurs. — Unredlicher Besitz.

1. Erleidet der §. 18. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. eine Ausnahme bei dem auf Testament beruhenden Pachtverhältnisse?
2. Beginnt mit dem Eintritte der Mora die Unredlichkeit des räumungspflichtigen Pächters?

A. L.-R. Thl. I. Tit. 7. §§. 10. 14.; Tit. 16. §. 18.; Tit. 21. §§. 172. 332. 333. 336.

Durch das Testament des Gutsbesitzers Martin v. St. vom 11. November 1864. ist der Kläger, Simon W., zum Universalerben eingesetzt und gleichzeitig bestimmt worden, daß die Franz und Josephine T.'schen Eheleute berechtigt sein sollten, das zum Nachlasse gehörige Gut Groß-W., gegen Zahlung eines jährlichen Pachtzinses von 1000. Thlrn. und Uebernahme sämmtlicher Grundstücks- und persönlicher Abgaben, so wie Tragung der Feuercassengelder, bis zum zurückgelegten vierundzwanzigsten Lebensjahre des eingesetzten Erben in Pacht zu nehmen, ohne jedoch das Recht der Verafterpachtung zu haben. In Folge dessen haben die Franz und Josephine T.'schen Eheleute, welche mit einander in Gemeinschaft der Güter leben, das Gut Groß-W. nebst Zubehör in Pacht genommen und darüber den obervormundschaftlich bestätigten Pachtvertrag vom 13. Juni 1865. mit dem Vormunde des Klägers abgeschlossen, darin auch das Pachtjahr als von Johannis zu Johannis laufend festgesetzt. Auf Grund dieses Vertrages befanden sich die genannten Eheleute bis zum 23. October 1868. im Pachtbesitze jenes Grundstückes. An dem ebengedachten Tage wurde der Concurs über das Vermögen des Franz T. eingeleitet und demnächst das Pachtgrundstück unter gerichtliche Sequestration gestellt. Der Rechtsanwalt R., als gerichtlich bestellter Verwalter des dem Kläger zugefallenen Martin v. St.'schen Nachlasses, sowie als angeblicher Bevollmächtigter des Vormundes des Klägers, kündigte, unter obervormundschaftlicher Genehmigung, das Pachtverhältniß durch Schreiben vom 22. November 1868. und wurde dieses Kündigungs-Gesuch sowohl dem T.'schen Concurs-Verwalter, als auch der Frau Josephine T. persönlich noch vor Weihnachten 1868. insinuirt. In diesem Kündigungs-Gesuche wurde die Aufhebung des Pachtverhältnisses und

die Räumung des Pachtgutes bereits zu Johannis 1869. verlangt.

Unterm 7. April 1869. erhob dann der Vormund des Klägers gegen die Franz T.'sche Concursmasse Klage mit dem Antrage: zu erkennen, daß dieselbe verpflichtet sei, der Kündigung vom 22. November 1868. gemäß, das Pachtgrundstück Groß-W. nebst Zubehör zu Johannis 1869. zu räumen. Mit dieser Klage ist der Vormund des Klägers abgewiesen worden.

Der Rechtsanwalt R. kündigte dann dem Verwalter der verklagten Concursmasse und der Frau Josephine T. durch das dem ersteren am 16. December, der letzteren am 17. December 1869. gerichtlich insinuirte Schreiben vom 8. November 1869., unter ausdrücklicher obervormundschaftlicher Genehmigung, nochmals das Pachtverhältniß und verlangte in dem gedachten Schreiben die Räumung des Pachtgrundstückes zu Johannis 1870. Durch Schreiben vom 23. Juni 1870. wurde dann der Verwalter der T.'schen Concursmasse aufgefordert, die Pachtung zum 24. Juni 1870. zurückzugewähren. Derselbe verweigerte aber, die Pachtung zurückzugeben. In Folge dessen hat der Vormund des Klägers unterm 21. Juli 1870., mit Auctorisation des obervormundschaftlichen Gerichtes, gegen die Franz T.'sche Concursmasse auf Räumung mit den Rechten und Pflichten eines unredlichen Besitzers seit dem 24. Juni 1870. Klage erhoben.

Der verklagte Verwalter suchte auszuführen, daß der §. 18. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finde. Diese Gesetzesstelle setze einen Verpächter aus eigenem freien Willen und in eigenem Namen voraus, welcher das Verhältniß selbstständig habe eingehen und selbstständig habe wieder lösen können. Diese

Voraussetzung treffe für den Kläger nicht zu. Das Recht des Gemeinschuldners nämlich auf den pachtmäßigen Besitz des Gutes gründe sich nicht auf den Vertrag vom 13. Juni 1865., sondern auf das Testament vom 1. November 1864. Kraft dieses Testamentes habe der Gemeinschuldner das Recht, bis zum vollendeten vierundzwanzigsten Lebensjahre des Klägers, Pachtrechte auf dem Gute auszuüben, ohne daß Kläger, welcher an das Testament gebunden sei und nur in Ansehung desselben den Vertrag geschlossen habe, ihn zu irgend einer Zeit oder aus irgend einem Grunde dieser Rechte entsetzen oder berauben könne. Der Kläger habe nur das Recht, von T. die Erfüllung der diesem aus dem Testamente auferlegten Verbindlichkeiten zu fordern und könne auch keine anderen Rechte gegen die Concursmasse, welche nur die Verwalterin der Rechte des T. sei, geltend machen. In dem Testamente sei dem T. nicht das Recht, einmal einen Pachtvertrag zu schließen, sondern ein bis zum vollendeten vierundzwanzigsten Lebensjahre des Klägers dauerndes Pachtverhältniß legirt. Die verklagte Concursmasse beantragte daher die Abweisung des Klägers.

Durch zwei gleichlautende Erkenntnisse des Kreisgerichtes zu Löbau vom 1. October 1870. und des Appellations-Gerichtes zu Marienwerder vom 23. Februar 1871. ist indessen nach dem Klage-Antrage erkannt worden. Der zweite Richter führte aus: „Der §. 18. der Concurs-Ordnung ist vom ersten Richter mit Recht hier zur Anwendung gebracht. Den T.'schen Eheleuten ist die Nutzung des hier in Rede stehenden Grundstückes testamentarisch nicht unbedingt legirt. Vielmehr sollen sie die Nutzung nach der letztwilligen Verordnung des Erblassers des Klägers nur bedingungsweise und insbesondere gegen Zahlung eines bestimmten jährlichen Pachtzinses erhalten. Es ist die Er-

richtung eines Pacht-Contractes, worin, nach Maßgabe der letztwilligen Verordnung, Leistungen und Gegenleistungen bestimmt wurden, mit ihnen nothwendig gewesen und auch geschehen. Alle aus diesem Contracts-Verhältnisse hervorgehenden Folgen müssen sie sich gefallen lassen. Der Rückstand zweier Termine der Pacht würde doch sicher den Kläger zur Aufkündigung des Pachtverhältnisses noch vor dem Ablaufe der bedungenen Zeit berechtigt haben. So ist denn auch nicht abzusehen, warum nicht bei dem vorliegenden Contracts-Verhältnisse, mag es auch auf einer letztwilligen Verordnung beruhen, die Bestimmung des §. 18. der Concurs-Ordnung Anwendung finden soll: daß nach dem Ablaufe des Wirthschaftsjahres, in welches die Concurs-Eröffnung gefallen, wie die Gläubigerschaft, so auch der Verpächter von dem Contracte, unter Beobachtung der gesetzlichen Aufkündigungsfrist, zurücktreten kann. Hiernach rechtfertigt sich die Verurtheilung der Verklagten zur Pachträumung. Vom 24. Juni 1870. ab ist dieselbe, nach den im ersten Erkenntnisse allegirten gesetzlichen Bestimmungen, — §. 10. Tit. 7. Thl. I. des A. L.-R. — als unredliche Besitzerin anzusehen, daher sie auch von da ab die Rechte und Pflichten eines unredlichen Besitzers hat."

Die Verklagte erhob die Nichtigkeits-Beschwerde, welche jedoch durch Erkenntniß des dritten Senates des Ober-Tribunals vom 14. Juli 1871. zurückgewiesen ist.

G r ü n d e.

Den ersten Angriff anlangend, so kommt dabei das Verhältniß der Willens-Erklärung zur gesetzlichen Vorschrift in Betracht. In soweit das Gesetz nicht absolut gebietet oder verbietet, kann der Einzelne nach seiner Selbstbestimmung für sich oder Andere, oder durch Vereinbarung mit Anderen Rechtsverhältnisse ordnen. Aber auch in dieser,

der Selbstbestimmung freigelassenen, Sphäre sorgt das Gesetz für Normen, welche, als sg. lex dispositiva, dem Einzelnen den Kreis seiner Befugnisse und Pflichten zuweisen, welche den letzten Willen, den Vertrag ergänzen, ausfüllen oder gar vertreten. In diesem Gebiete geht der gehörig erklärte Wille dem Gesetze vor, er giebt die erste entscheidende, zunächst zu befragende, Norm, so daß der Richter die Verfügung des Testators, die Abrede der Parteien gegen die vermittelnde Bestimmung des Gesetzes zu beachten hat. Fehlt es dagegen an der Autonomie in dieser oder jener Beziehung, so äußert die lex dispositiva ihre gesetzliche Wirksamkeit. (Vergl. Entscheidungen Bd. 42. S. 7.—8.)

Im vorliegenden Falle hat der Testator seine Willenserklärung darauf beschränkt, bis zum vierundzwanzigsten Jahre seines Erben, gegen bestimmte Leistungen im Gelde, mit Ausschluß der Verafterpachtung, ein Pachtrecht zu legiren, worüber zwischen dem Erben und dem Legatar ein Pachtvertrag vereinbart ist. Da in dem Testamente so wenig, wie in dem Pachtvertrage, der Wille ausgedrückt ist, daß, trotz Contractswidrigkeiten von Seiten der Pächter, trotz ihrer Säumigkeit in Entrichtung des Pachtzinses, oder gar bei eintretender Unfähigkeit zur Zahlung desselben, eine Aufhebung des Pachtverhältnisses nicht statthaft sein solle, so tritt in Ermangelung der Autonomie das ergänzende Gesetz ein. Dieses ist für den Fall des Concurses des Pächters der §. 18. der Concurs-Ordnung, welcher keine Ausnahme für den Fall enthält, wenn das Pachtverhältniß aus einem Testamente originirt.

Der vorige Richter, welcher keine derogirende Willenserklärung feststellt, hat daher durch Anwendung des beregten §. 18. als lex dispositiva keine Gesetzes-Verletzung begangen.

Was den zweiten Angriff betrifft, so kann es dahin gestellt bleiben, ob das Allegat des §. 10. Tit. 7. Thl. I. des A. L.=R., auf welches der Appellations=Richter durch Hinweis auf das erste Erkenntniß sich stützt, für zutreffend zu erachten, oder nicht, da der Grundsatz, welcher damit gerechtfertigt werden soll, als richtig erscheint.

Bei der vorliegenden persönlichen Klage wegen Aufhebung des Pachtvertrages ist hinsichtlich der, nach der unangefochtenen Annahme des vorigen Richters obwaltenden, Mora der Verklagten, nach dem §. 18. Tit. 16. und den §§. 172. 332. 333. 336. Tit. 21. Thl. I. des A. L.=R., das Princip maßgebend, daß der Pächter, vom Tage des Eintrittes derselben an, die Pflichten und Lasten eines unredlichen Besitzers hat. Insbesondere kann aus der von der Implorantin selbst hervorgehobenen Erwägung, daß die §§. 10. ff., also auch der §. 14. Tit. 7. a. a. O., den Fall voraussetzen, daß die Ergreifung des Besitzes eine unrechtmäßige und unrechtfertige war, nicht davon die Rede sein, die Verklagte um deswillen, weil sie vielleicht glaubte, trotz der Kündigung im Pachtbesitze verbleiben zu dürfen, und solchen nicht aufgeben zu müssen, ungeachtet der feststehenden Mora, nur für eine unrechtmäßige Besitzerin anzusehen.

Indem hiernach beide Vorwürfe zerfallen, erscheint die Beschwerde als verwerflich.

№ 30.

Vorrecht rückständiger Laudemien. — Res judicata.

1. Gebührt das, den Reallasten-Rückständen nach der Concurs-Ordnung zustehende, Vorrecht auch den unberichtigt gebliebenen Laudemialgeldern, wenn die Laudemialqualität im Allgemeinen eingetragen ist?

Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. §§. 51. und 52.

2. Muß der Realgläubiger, welcher bei der Kaufgelderbelegung einer vorgängig liquidirten Post die Richtigkeit und die dingliche Qualität bestritten hat, in dem von dem Gläubiger dieser Post gegen ihn angestellten Processe solche Erkenntnisse gegen sich gelten lassen, welche jener Gläubiger gegen den Subhastaten rechtskräftig erstritten hatte?

Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. §§. 392. bis 394. A. G.-O. Einl. §§. 65. 66.; Thl. I. Tit. 16. §. 1.

Das in der v. d. Heydt-Straße Nr. 12. zu Berlin belegene Grundstück des Kaufmannes M. ist im Jahre 1868. Schulden halber subhastirt worden. Bei der Kaufgelderbelegung liquidirte die Lützower Kirche zu Ch., auf Grund eingetragener Laudemialpflichtigkeit des Grundstückes, zwei Laudemien-Rückstände für Besitzveränderungen aus den Jahren 1867. und 1868. und kam mit denselben an der dafür nach dem Alter der Eintragung der Laudemialpflichtigkeit in Anspruch genommenen Stelle zur Hebung. Der Maurermeister T. zu Berlin, Adjudicatar des Grundstückes, erlitt dadurch als Hypothekengläubiger einen gleich hohen

Ausfall, und da er der Kirche die Richtigkeit, die dingliche Natur und das Vorrecht des Liquidates bestritt, so wurde mit der auf dasselbe gezahlten Summe eine Streitmasse angelegt. In dem von der Kirche gegen T. dieserhalb angestellten Processe wurde die Streitmasse durch die conformen Erkenntnisse des Stadtgerichtes zu Berlin vom 28. März und des Kammergerichtes vom 10. November 1870. der Klägerin zugesprochen, und die von dem Verklagten noch eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde von dem dritten Senate des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 8. Mai 1871. verworfen, und zwar in Betreff der in der Ueberschrift ausgeworfenen Fragen aus folgenden

G r ü n d e n.

I. Die Frage, ob die dingliche Natur und das Vorrecht gewisser beständiger Abgaben und Leistungen auch den Laudemien-Rückständen zukomme, ist von dem Ober-Tribunal früher zweimal verneinend entschieden, am 8. April 1837., Präjudiz Nr. 207. (Samml. Thl. I. S. 262.), und am 16. Februar 1852. (Entscheid. Bd. 24. S. 349.). Beide Erkenntnisse sind aber vor der Geltung der Concurs-Ordnung ergangen und haben den damaligen verwickelten Rechtszustand vor Augen, der zu Zweifeln Anlaß gab, die, den bündigen und klaren Bestimmungen der Concurs-Ordnung gegenüber, keine Berechtigung haben. Seit dem Inkrafttreten der Concurs-Ordnung hat zwar das Erkenntniß vom 2. Mai 1870. (Entscheid. Bd. 63. S. 174.) die Frage nebenher berührt, den durchschlagenden Entscheidungsgrund aber in dem Umstande gefunden, daß es sich damals um unfixirte Laudemien handelte, welche nach der Einführung des Landescultur-Edictes vom 14. September 1811. neu entstanden, somit nach dem §. 37. des Ablösungs-Gesetzes vom 2. März 1850. ohne Entschädigung des Be-

rechtigten fortgefallen waren. Für die jetzige Lage der Gesetzgebung liegt daher über die in Rede stehende Streitfrage ein Präjudiz nicht vor.

Nach dem §. 51. der Concurs-Ordnung kommen bei der Vertheilung der Kaufgelder eines Grundstückes unter die Realgläubiger, nach Berichtigung der Masseschulden und der in den §§. 47. bis 50. bezeichneten bevorrechteten Forderungen, zur Hebung:

alle nicht zu den öffentlichen und gemeinen Abgaben und Leistungen (§§. 47. bis 49.) gehörenden Reallasten, wenn dieselben oder die Rechtsverhältnisse, aus welchen sie entsprungen, in dem Hypothekenbuche eingetragen sind,

und zwar bezieht sich dies nach dem §. 52. auch auf

die Rückstände von Prästationen aus den letzten zwei Jahren.

Die Rangordnung unter mehreren eingetragenen Reallasten und zwischen Reallasten und Hypotheken wird, nach dem §. 51. Abs. 3. und dem §. 55., durch die Eintragung bestimmt.

Der Ausdruck „Reallasten" umfaßt nach dem Ausspruche des Appellations-Richters, welcher von dem Imploranten für rechtsirrthümlich erachtet wird, auch die Laudemien, und dem ist beizupflichten. Im Allg. Landrechte und in der alten Concurs-Ordnung (A. G.-O. Thl. I. Tit. 50.) ist dieser Ausdruck nicht gebräuchlich; er kommt zwar in den §§. 154.—156. Thl. I. Tit. 20. des A. L.-R. vor, aber in dem weiteren Sinne einer dauernden dinglichen Belastung, woraus für die Bestimmung des in der neuen Concurs-Ordnung damit verbundenen Begriffes nichts zu entnehmen ist. Wie die Materialien der Concurs-Ordnung ergeben (— cfr. Commissions-Bericht der Zweiten Kammer zu den §§. 47. und 49. des Entwurfes. Goltdammer,

Concurs-Ordnung S. 156. —), ist bei der Redaction der Concurs-Ordnung der Gedanke maßgebend gewesen, daß dieselbe nicht blos für das Gebiet des Allg. Landrechtes, sondern zugleich für andere Landestheile passen sollte. Es ist deshalb absichtlich jedes Allegat von Vorschriften der landrechtlichen Gesetzgebung vermieden worden und man mußte naturgemäß nur darauf bedacht sein, solche Ausdrücke zu wählen, welche über das Gebiet des Allg. Landrechtes hinaus ohne Weiteres verständlich sein würden. In der Wissenschaft des Deutschen Privatrechtes ist der Ausdruck „Reallast" seit lange eingebürgert; schon 1837. hat Duncker „die Lehre von den Reallasten" veröffentlicht und auch er fand den Begriff schon in seiner besonderen technischen Bedeutung vor. Als solcher ist er bereits vor der Concurs-Ordnung in ein für die ganze Monarchie, mit Ausnahme der linksrheinischen Landestheile, bestimmtes Gesetz übergegangen, nämlich in das Gesetz vom 2. März 1850., betreffend die Ablösung der Reallasten 2c. (Ges.-S. S. 77.). Es ist deshalb mit dem Appellations-Richter besonderes Gewicht darauf zu legen, daß dieses, in dem zweiten Absatze des §. 51. der Concurs-Ordnung allegirte, Gesetz im §. 6. eine Begriffs-Definition der Reallast, welche auch auf Laudemien paßt, giebt und im weiteren Verlaufe die Laudemien unter die Reallasten zählt. Der §. 6. des Gesetzes vom 2. März 1850. sagt nämlich im Abs. 1.:

> Alle beständigen Abgaben und Leistungen, welche auf eigenthümlich oder bisher erbpachts- oder erbzinsweise besessenen Grundstücken oder Gerechtigkeiten haften (Reallasten), sind nach den Vorschriften dieses Abschnittes ablösbar.

Wenn die älteren Entscheidungen (vergl. insbesondere Entsch. Bd. 24. S. 353. und 355. unten), im Hinblicke auf

den in der A. G.-O. Thl. I. Tit. 50. §. 357. gebrauchten Ausdruck: „alle beständig fortlaufenden Lasten und Pflichten", welcher eine Periodicität der Leistungen anzudeuten scheint, die Laudemien nicht zu den beständig fortlaufenden, von den Grundstücken zu entrichtenden Abgaben rechnen, weil die einzelne Laudemialforderung erst durch einen Eigenthumswechsel entsteht, so kann auf diesen Mangel der Periodicität jetzt kein Gewicht mehr gelegt werden, da in jener Definition des §. 6. des Ablösungs-Gesetzes das Beiwort „fortlaufend" nicht enthalten und nur die Beständigkeit der Abgabepflichtigkeit, die perpetua causa rei, betont, hiermit aber eine Begriffsbestimmung gegeben ist, welche für Laudemien ebenso, wie für andere Reallasten, paßt. Dem entsprechend behandelt das Ablösungs-Gesetz auch die Laudemien in dem zweiten Abschnitte, welcher die Ueberschrift führt: „Ablösung der Reallasten", rechnet sie also dazu, wenn sie auch in dem darauf bezüglichen sechsten Titel nicht noch ausdrücklich Reallasten genannt werden.

Aber auch die Definitionen, welche der Begriff Reallast in der Wissenschaft gefunden, so verschieden sie sind, passen immer zugleich auf Laudemien. Die Reallast hat in der fortdauernden Leistungsfähigkeit, welche sich an den Besitz eines Grundstückes knüpft, eine dingliche Basis, während die einzelne Leistung obligatorischer Natur ist. Das ist das Wesen des Begriffes, nenne man nun die dingliche Basis mit Gerber ein „Piedestal, auf welchem das in sich selbstständige Rechtsverhältniß mit eigenem Objecte ruhet", oder mit Förster, (Preuß. Privatrecht, II. Aufl. Bd. 3. S. 333.), eine dauernde, endlose causa rei, welche die Unterlage oder Quelle bildet, aus welcher die einzelne obligatorische Leistung hervorgetrieben wird. Die practisch wichtigen Streitfragen beziehen sich hauptsächlich darauf, ob die

einzelne Leistung nur obligatorisch, also nur gegen denjenigen, welcher zur Zeit der Fälligkeit das Grundstück besaß, verfolgbar, oder ob sie zugleich dinglicher Natur ist, und mit welcher Wirkung, ob mit der Wirkung der Verfolgbarkeit gegen die Besitznachfolger oder mit der hypothekenartigen Wirkung, daß das Grundstück als Sicherheit für die einzelne Leistung haftet. (Vergl. hierüber im Allgemeinen Förster a. a. O. S. 334. ff.) In allen diesen Beziehungen ist das Laudemium von jeder anderen Reallast begrifflich nicht unterschieden. Was insbesondere den Mangel regelmäßiger Wiederkehr betrifft, so ist letztere kein Begriffsmoment der Reallast; es giebt auch sonst Reallasten, bei denen die einzelne Leistung sich erst aus dem Eintritte eines nicht im Voraus feststehenden Ereignisses ergiebt, z. B. Kirchenbaulasten. Da nun in dem §. 51. der Concurs-Ordnung die Reallasten ohne jegliche Andeutung einer Beschränkung auf bestimmte Arten genannt sind, so gehören die Laudemien ebenfalls dahin. Es ist auch nicht anzuerkennen, daß die im §. 52. gebrauchten Wendungen:

1. die noch unberichtigt laufenden Prästationen, und
2. die Rückstände von Prästationen aus den beiden letzten Jahren,

wenn gleich man bei denselben zunächst an regelmäßig wiederkehrende Abgaben und Leistungen zu denken geneigt ist, auf Laudemien-Beträge nicht passen. Unberichtigt gebliebene Laudemien-Beträge, welche in den letzten beiden Jahren vor dem im §. 59. der Concurs-Ordnung bezeichneten Zeitpunkte fällig geworden, können, ohne den Worten Zwang anzuthun, Rückstände von Prästationen aus den beiden letzten Jahren genannt werden.

Die oben erwähnten, den rechtlichen Charakter der einzelnen Leistungen betreffenden, Streitfragen, können hier

auf sich beruhen. Selbst wenn man mit Förster (a. a. O. S. 339. ff.) die einzelne Leistung für rein obligatorisch erachten wollte, würde, bei den positiven Bestimmungen der Concurs-Ordnung, kein Zweifel darüber sein, daß bei dem Concurse und bei der Subhastation die rückständigen Prästationen der beiden letzten Jahre aus den Kaufgeldern des mit der Reallast behafteten Grundstückes bezahlt werden müssen. Daß die Concurs-Ordnung nicht etwa die besondere Eintragung der einzelnen Leistung voraussetzt und nach dieser Eintragung die Rangordnung bemessen wissen will, es vielmehr lediglich darauf ankommt, ob und zu welcher Zeit die Reallast selbst oder die Rechtsverhältnisse, aus welchen sie entspringt, eingetragen worden, ergiebt sich aus dem §. 51. ohne Weiteres. Daß im vorliegenden Falle die Laudemialpflichtigkeit des Grundstückes früher eingetragen ist, als die Hypothek des Verklagten, steht unangefochten fest. Es beweist nichts gegen die vorstehende Argumentation, wenn hiernach die Hypotheken-Gläubiger eine Schmälerung ihrer Sicherheit erfahren können, welche sich nach ihrem Umfange bei der Constituirung der Hypothek im Voraus nicht übersehen ließ; ein laudemialpflichtiges Grundstück gewährt eben eine durch den Charakter dieser Belastung bedingte beschränktere Sicherheit. Ebenso gleichgültig für die Entscheidung ist die viel ventilirte Frage, was man als die Gegenleistung des Berechtigten für den Empfang des Laudemiums anzusehen habe, da dies die Reallasten-Natur des Laudemiums unberührt läßt, auf welche es bei der Anwendung der §§. 51. und 52. der Concurs-Ordnung allein ankommt. Die Rüge des Imploranten, daß der Appellations-Richter diese Paragraphen durch unrichtige Anwendung verletzt habe, ist somit unbegründet.

II. Der Subhastat M. war von der Klägerin auf

Bezahlung der fraglichen Laudemien-Rückstände belangt und hierzu rechtskräftig verurtheilt. Der Verklagte erachtete dies, ihm gegenüber, für wirkungslos und die Klägerin für verpflichtet, ihren Anspruch ohne Rücksicht auf das Judicat vollständig zu begründen. Die Klägerin ist auch in der Replik eventuell hierauf eingegangen; ihre Behauptungen sind aber, soweit sie von denen des Verklagten abweichen, bestritten geblieben und es ist in den Vor-Instanzen Beweis darüber nicht aufgenommen worden. Der Verklagte selbst hat in der Klagebeantwortung Behauptungen über die auf die Laudemialpflichtigkeit des Grundstückes bezüglichen Vermerke im Hypothekenbuche aufgestellt und ausgeführt, daß hieraus bis zu näherem Nachweise, welcher der Klägerin obliege, nicht folge, daß das Grundstück ganz oder auch nur zum Theil laudemialpflichtig sei. Diesen Einwand hat der Appellations-Richter mit folgender Ausführung verworfen:

Der Verklagte müsse, sowohl als Adjudicatar, also als Stellvertreter des M. im Sinne des §. 66. der Einleitung zur A. G.-O., wie auch als nächst ausgefallener Hypotheken-Gläubiger, die Vor-Entscheidung gegen sich gelten lassen und könne dieselbe nur anfechten, wenn ihr solche Umstände zu Grunde liegen, aus welchen auf die dem anderen Theile bekannte Absicht des Schuldners, sie nur zum Scheine oder zur Bevortheilung der Gläubiger gegen sich ergehen zu lassen, geschlossen werden könne. (§. 394. der Concurs-Ordnung, und Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 15. März 1859. Striethorst's Archiv Bd. 33. S. 61.) Durch die rechtskräftigen Vor-Erkenntnisse sei festgestellt, daß die Reallast gegen den Subhastaten zu vollem Rechte bestehe. Dritten Personen sei es nicht gestattet, die Gültigkeit eines Rechtgeschäftes, welches durch

Judicat feststehe, durch Vorbringen neuer Thatsachen anzufechten; das Judicat überhebe die Klägerin, den Titel ihrer Laudemial-Berechtigung noch besonders nachzuweisen. Derselbe sei übrigens aus der Eintragung ersichtlich.

Die letzte beiläufige Bemerkung ist als ein besonderer Entscheidungsgrund nicht anzusehen, womit sich der, für den Fall entgegengesetzter Annahme, unter Nr. 3. der Nichtigkeits-Beschwerde hiergegen gerichtete Angriff erledigt. Im Uebrigen soll mit dieser Ausführung der Appellations-Richter nach der Nr. 1. und 2. der Nichtigkeits-Beschwerde die Rechtsgrundsätze von der res judicata (A. G.-O. Einl. §§. 65. 66. und Thl. I. Tit. 16. §. 1.) sowie den §. 393. der Concurs-Ordnung, — den der Appellations-Richter ohne Zweifel, statt des allegirten §. 394., im Sinne gehabt hat, — verletzt haben.

Es geht allerdings zu weit, wenn der Appellations-Richter den Verklagten, als ausgefallenen Hypotheken-Gläubiger, (nur als solcher, nicht in seiner Eigenschaft als Adjudicatar steht er in dem vorliegenden Processe da), den Erkenntnissen gegenüber, welche die Klägerin gegen den Subhastaten M. erstritten hat, lediglich auf die ihm nach dem §. 393. Nr. 2. der Concurs-Ordnung zustehende Anfechtungs-Befugniß verweisen will. Diese Bestimmung betrifft den Fall, daß das Erkenntniß oder Mandat den Titel zu dem geltend gemachten dinglichen Rechte bildet, die Urkunde, aus welcher die Eintragung geschehen, wie sich aus der Vergleichung der Nr. 2. dieses Paragraphen mit den übrigen Nummern ergiebt. Mit einem solchen Falle hat das von dem Appellations-Richter citirte Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 15. März 1859. es zu thun. Darum handelt es sich aber hier nicht. Das Liquidat der

Klägerin stützt sich nicht auf eine, aus den Judicaten gegen M. erlangte, Eintragung der erstrittenen Laudemien-Beträge, sondern auf die, vertragsmäßig constituirte und längst eingetragene, Laudemialpflichtigkeit, in Verbindung mit den eingetretenen Besitzwechseln. Hierüber ist durch die Judicate gegen M. dem Verklagten, als Hypotheken-Gläubiger, nicht endgültig präjudicirt. Anderer Seits geht aber auch der Implorant zu weit, wenn er den Judicaten für den vorliegenden Proceß gar keine Bedeutung beimessen will. Allerdings bestimmt der §. 394. der Concurs-Ordnung, daß der Gläubiger, dessen Forderung in Ansehung der Richtigkeit des Hypothekenrechtes oder des Vorrechtes bestritten wird, seinen Anspruch gegen die widersprechenden Interessenten in einem besonderen Processe auszuführen habe. Dies regelt aber nur die Parteirollen und beraubt den Gläubiger nicht ohne Weiteres des Vortheiles, den Anspruch bereits gegen den bisherigen Besitzer des Grundstückes rechtskräftig erstritten zu haben. Die Judicate dienen der Klägerin als genügende Beläge für die von ihr erhobenen Ansprüche, und es ist nun Sache des Verklagten, Umstände darzuthun, aus denen sich die Unrichtigkeit der Forderung ergiebt. Diese Grundsätze sind bereits in mehreren Erkenntnissen des Ober-Tribunals, z. B. in einem am 2. Mai 1870. ergangenen (Entsch. Bd. 63. S. 174.) zur Geltung gebracht.

Es wäre daher, wenn der Verklagte behaupten will, daß das subhastirte Grundstück von dem Laudemialrechte der Klägerin überhaupt nicht betroffen werde, oder erst durch eine, nach der Einführung des Landescultur-Edictes vom 14. September 1811. geschlossene, Uebereinkunft laudemialpflichtig geworden und deshalb durch den §. 37. des Ablösungs-Gesetzes vom 2. März 1850. von dieser Last

befreit worden sei, seine Sache gewesen, die zum Nachweise dessen erforderlichen Thatsachen zu behaupten und unter Beweis zu stellen. Da dies nicht geschehen, so trifft den Appellations-Richter der Vorwurf, den in Rede stehenden Judicaten ohne Grund entscheidende Bedeutung beigemessen zu haben, nicht, wenn auch seine Gründe nicht überall Beifall verdienen.

№ 51.

Kaufgelderbelegungs-Verfahren.

Ist die Vorschrift im §. 54. der Concurs-Ordnung über die Reihenfolge, in welcher die Befriedigung der einzelnen Theile einer Hypothekenforderung statt findet, auch im Falle des §. 61. a. a. O. in dem Verhältnisse mehrerer, an derselben Stelle anzusetzender, Hypothekenforderungen zu einander, anwendbar?

Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. §§. 54., 61.

Die auf das Gut S. mit fünf Procent Zinsen eingetragene Post von 7000. Thlrn. ist durch Theilcessionen mit 4000. Thlrn. auf den Kläger, den Rentier M., und mit 3500. Thlrn. auf den Verklagten, den Kaufmann S., zu gleichen Rechten übergegangen. Bei der Belegung der Kaufgelder des subhastirten Gutes S. liquidirten

a) der Kläger an Capital	4000. Thlr.	—. Sgr.	—. Pf.
und an Zinsen zu fünf Procent vom 1. Februar 1866. bis 29. Juni 1868.	482. „	23. „	4. „
zusammen	4482. Thlr.	23. Sgr.	4. Pf.;
b) der Verklagte an Capital	3500. Thlr.	—. Sgr.	—. Pf.
und Zinsen zu fünf Procent vom 1. Februar 1867. bis 29. Juni 1868. .	247. „	13. „	—. „
zusammen	3747. Thlr.	13. Sgr.	—. Pf.

Auf das Gesammt-Liquidat von 8230. Thlrn. 6. Sgr. 4 Pf. wurden vertheilt 1902 Thlr. 14. Sgr. 7. Pf. Nach einer Einigung der Parteien erhielt jeder 794. Thlr. 14. Sgr. 10. Pf. ausgezahlt, der Rest von 313. Thlrn. 14. Sgr. 11. Pf. würde als streitig deponirt. Der Kläger behauptete, daß ihm die Zinsen seines Capitals vom 1. Februar 1866. bis dahin 1867. mit 200. Thlrn. von dem Percipiendum vorweg gebührten, die übrigen 1702. Thlr. 14. Sgr. 7. Pf. nach dem Verhältnisse der Capitalsantheile von 8/15. und 7/15., zu vertheilen seien, nahm deshalb die Theilmasse für sich allein in Anspruch und beantragte, den Verklagten zu verurtheilen, in die Auszahlung der Streitmasse an ihn zu willigen. Der Verklagte widersprach und verlangte die Vertheilung der Streitmasse nach Verhältniß der beider Seits liquidirten und festgestellten Forderungen. Das Appellations-Gericht zu Cöslin sprach durch sein Erkenntniß vom 6. März 1869., unter Abänderung des ersten Urtels, welches den Kläger mit der erhobenen Klage gänzlich abgewiesen, dem Kläger 241. Thlr. 22. Sgr. 2. Pf., dem Verklagten 71. Thlr. 22. Sgr. 9. Pf. an der Streitmasse zu, weil zufolge des §. 61. der Concurs-Ordnung mehrere, an

derselben Stelle anzusetzende Forderungen nach Verhältniß ihrer festgestellten Beträge gleichmäßig zu berichtigen seien, die zur Hebung gelangte Summe von 1902. Thlrn. 14. Sgr. 7. Pf. auf das Liquidat des Klägers mit 1306. Thlrn. 7. Sgr., auf das des Verklagten mit 866. Thlrn. 7. Sgr. 7. Pf. sich vertheile und, nach Abzug der von jedem erhobenen 794. Thlr. 14. Sgr. 10. Pf., Kläger noch 241. Thlr. 22. Sgr. 2. Pf., Verklagter 71. Thlr. 22. Sgr. 9. Pf. aus der Streitmasse zu fordern habe. Der Kläger legte die Nichtigkeits-Beschwerde ein, weil ihm nicht die ganze Streitmasse zuerkannt worden. Er führte aus, daß die im §. 54. der Concurs-Ordnung voegeschriebene Reihenfolge auch in dem hier vorliegenden Falle des §. 61., bei der Concurrenz mehrerer gleichberechtigter Forderungen, zu beobachten sei, danach von der Perceptionssumme ihm 482. Thlr. 23. Sgr. 4. Pf., dem Verklagten 247. Thlr. 13. Sgr. rückständige Zinsen vorweg gebührten, der Ueberrest nach $^{8}/_{15}$. mit 625. Thlrn. 6. Sgr. 5. Pf. ihm, nach $^{7}/_{15}$. mit 547. Thlrn. 1. Sgr. 10. Pf. dem Verklagten zuzutheilen und Verklagter durch die erhaltenen 794. Thlr. 14. Sgr. 10. Pf. völlig abgefunden sei.

Diese auf Verletzung der §§. 54. und 61. der Concurs-Ordnung gestützte Beschwerde ist vom dritten Senate des Ober-Tribunals durch das Erkenntniß vom 18. October 1869. zurückgewiesen.

Gründe.

Nach dem §. 53., beziehungsweise dem §. 383. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. kommen bei der Vertheilung der Kaufgelder eines subhastirten Grundstückes, nach Berichtigung der Masse-Schulden und der im §. 47. und 52. aufgeführten Posten, die auf dem Grundstücke hypothecarisch versicherten Forderungen in der Rangordnung, welche durch

die Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmt wird, zur Hebung. In Folge der Aufhebung des Tit. 50. Th. I. der A. G.-O. und der darauf bezüglichen Bestimmungen (Art. II. des Einführungs-Gesetzes vom 8. Mai 1855.) war zunächst eine Vorschrift darüber nothwendig, was der Hypotheken-Gläubiger am Orte des Capitales zu fordern berechtigt sei. Es bedurfte aber auch einer Bestimmung darüber, in welcher Reihenfolge die einzelnen Bestandtheile einer Hypothekenforderung an Kosten, Zinsen und Capital aus dem Percipiendum zu berichtigen sind, weil davon der Ausfall des Gläubigers und sein Regreßanspruch an das übrige Vermögen des Subhastaten, beziehungsweise an den persönlichen Schuldner, abhängt. Die Festsetzung einer solchen Reihenfolge empfahl sich zugleich für den in der Praxis wiederholt vorgekommenen Fall, daß bei einer und derselben eingetragenen Post, Capital, rückständige und laufende Zinsen verschiedenen Personen gehörten. Nach allen diesen Richtungen hin hat das Gesetz Bestimmungen getroffen, indem es im §. 54. heißt:

An der Stelle, an welcher eine Hypothekenforderung (§. 53.) anzusetzen ist, werden in der nachstehenden Reihenfolge berichtigt:

1. die Kosten der Liquidation, Kündigung, Ausklagung und Beitreibung, imgleichen sonstige Kosten, insofern die Hypothek dafür haftet;
2. die noch unberichtigten laufenden Hypothekenzinsen und anderen Prästationen;
3. die Rückstände von Hypothekenzinsen oder anderer Prästationen aus den beiden letzten Jahren;
4. das Capital der Forderung.

Der §. 54. lehnt sich an die §§. 153. und 154 Thl. I. Tit. 16. des A. L.-R. an und nimmt den §. 512. Tit. 50.

Th. I. der A. G.-O. vervollständigt und, in der durch den Plenarbeschluß vom 14. October 1839. (Entsch. Bd. 5. S. 74.) ihm gegebenen Auslegung, auf, wodurch die Streitfrage, ob der §. 512. in der Bestimmung zu Nr. 1. littr. c. die Priorität der einzelnen, im Besitze verschiedener Personen befindlichen Bestandtheile einer Hypothekenforderung an currenten, beziehungsweise privilegirten Zinsen und an Capital untereinander festgesetzt? bejahend beantwortet ist. Nach der Stellung, die er im Anschlusse an den §. 53. erhalten, nach seinem Zwecke und seiner Wortfassung, regulirt der §. 54. die Reihenfolge der einzelnen Bestandtheile einer und derselben eingetragenen Post unter einander, betrifft aber nicht den Fall, wo mehrere Hypothekenforderungen von gleichem Range concurriren. Für diesen letzteren Fall ist die Vorschrift in §. 61. maßgebend:

> Mehrere an derselben Stelle anzusetzende Forderungen werden, wenn die Masse zu ihrer vollständigen Tilgung nicht hinreicht, nach Verhältniß ihrer festgestellten Beträge gleichmäßig berichtigt.

Der Sinn dieser Vorschrift kann keiner Mißdeutung unterliegen. Mehrere gleichberechtigte, deßhalb an derselben Stelle anzusetzende Forderungen sollen, nach Verhältniß der (durch Anerkenntniß, Vergleich oder Urtheil) festgestellten Beträge, berichtigt werden, wenn die Masse zu ihrer vollständigen Tilgung nicht hinreicht. In den meisten Fällen setzt sich eine Hypothekenforderung aus mehreren Positionen, Capital, Zinsen und Kosten zusammen. Zu einer vollständigen Befriedigung gehört die Deckung aller ihrer nach dem §. 54. zu berücksichtigenden Bestandtheile. Reicht hierzu bei der Concurrenz mehrerer gleichberechtigter, an derselben Stelle anzusetzender, Forderungen, die Masse nicht aus, so sollen nach dem §. 61. nicht die einzelnen Bestandtheile

an Kosten, Zinsen und Capital der Reihe nach, sondern die an derselben Stelle anzusetzenden Forderungen tributarisch berichtigt werden. In dem Verhältnisse der mit gleichem Range versehenen Hypothekenforderungen zu einander kommt es nicht darauf an, aus welchen einzelnen Positionen die gegen die Kaufgelder geltend gemachten Ansprüche gebildet sind, die Forderungen in ihrem Gesammtbetrage geben den Maßstab zur Vertheilung ab. Von der im §. 54. vorgeschriebenen Stufenfolge, in welcher Kosten, Zinsen und Capital bei einer und derselben Hypothekenforderung zur Hebung kommen, ist im §. 61. nicht die Rede. Was in Bezug auf die Priorität der einzelnen Bestandtheile einer Hypothekenforderung angeordnet ist, kann nicht ohne Weiteres auf das Verhältniß mehrerer gleichberechtigter Hypothekenforderungen unter einander ausgedehnt werden. Es widerspräche das dem Wesen und Begriffe der Gleichberechtigung, die in Ermangelung einer abweichenden Festsetzung, sich nicht bloß auf die Capitalsstämme, sondern auch auf die Accessorien, auf die Zinsen, erstreckt. Eine prioritätische Befriedigung der letzteren würde für den Einen oder Anderen der gleichberechtigten Hypothekarien ein partielles Vorzugsrecht, welches doch gerade ausgeschlossen sein sollte, voraussetzen. Der Appellations-Richter hat, indem er die Summe von 1902. Thlrn. 14. Sgr. 7. Pf., welche auf die beiderseitigen gleichberechtigten verschiedenen Forderungen der Parteien gefallen ist, nach Verhältniß der Gesammtforderung eines jeden an Capital und Zinsen vertheilt, den §. 61. der Concurs-Ordnung richtig angewendet, den §. 54. durch Nichtanwendung nicht verletzt, weshalb die auf Verletzung dieser Paragraphen gestützte Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuzuweisen ist.

№ 52.

Jus subintrandi bei der Kaufgeldervertheilung.

Findet das Eintrittsrecht aus dem §. 11. der Concurs-Ordnung auch bei der Vertheilung der Kaufgelder eines außerhalb des Concurses im Wege der Execution subhastirten Grundstückes überhaupt, und insbesondere in dem Falle statt, wenn die Subhastation, in deren Laufe die Befriedigung des Gläubigers erfolgte, wieder aufgehoben, und es erst in einer später neu eingeleiteten Subhastation zur Kaufgeldervertheilung gekommen ist?

Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. §§. 11. 383.
Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869. §. 60.

Auf dem Gute Nr. 2. zu S. standen für die Lebensversicherungs-Bank zu Gotha 18,000. Thlr. mit Zinsen zu 4½. Procent Rubr. III. Nr. 18. eingetragen. Von der Gläubigerin waren die auf fünf Procent erhöheten Zinsen pro 15. Juli 1868. bis 15. Januar 1869. im Mandats-Processe eingeklagt. Nach Rechtskraft des Mandates ward auf ihren Antrag die Subhastation des Gutes am 8. Mai 1869. eingeleitet. Der Verklagte, M—s, zahlte den auf Execution stehenden Zinsenrückstand und die im Mandats- und Subhastations-Processe bisher mit 36. Thlrn. 9. Sgr. aufgelaufenen Kosten, laut Quittung vom 19. Mai 1869., an die Gläubigerin, wonächst auf Antrag der letzteren durch Verfügung vom 22. Mai 1869. die Subhastation aufgehoben wurde. Auf Instanz des Klägers, N—r., wurde wegen einer vollstreckbaren Forderung von 35. Thlrn. 1. Sgr.

3. Pf. am 5. Juni 1869. anderweit die Subhastation des Gutes eingeleitet, diese auch, nach erfolgtem Zuschlage, durch die Kaufgelderbelegung am 18. October 1869. zum Abschlusse gebracht. Gegen die Kaufgelder liquidirte der Verklagte die an die Lebensversicherungs-Bank zu Gotha gezahlten Zinsen und Kosten mit 486. Thlrn. 9. Sgr. ex jure subintrandi, an Stelle des Capitals Rubr. III. Nr. 18. Der Kläger bestritt wegen des an seiner Rubr. III. Nr. 19. nachstehend eingetragenen Post von 1400. Thlrn. nebst Zinsen erlittenen höheren Ausfalles dem Verklagten das Hypotheken- und Vorrecht und es wurde mit den 486. Thlrn. 9. Sgr. eine Streitmasse angelegt. Im jetzigen Processe sind davon nur streitig 405. Thlr. als Zinsen zu 4½. Procent von 18,000. Thlr. für Juli 1868. bis 15. Januar 1869. und 36. Thlr. 9. Sgr. erstattete Kosten. Der Kläger nimmt diese Streitmasse von 441. Thlrn. 9. Sgr., als Gläubiger der Hypothekenpost Rubr. III. Nr. 19., in Anspruch, während der Verklagte wegen der dem sub Nr. 18. vorstehenden Hypothekengläubiger bezahlten privilegirten Zinsen und Kosten das jus subintrandi aus dem §. 11. der Concurs-Ordnung geltend macht.

Die Vorderrichter, das Kreisgericht zu Cammin und das Appellations-Gericht zu Stettin, haben durch die Erkenntnisse vom 1. März und 17. September 1870. die Streitmasse dem Kläger auf den Ausfall an der Post Nr. 19. zugesprochen. Der Appellations-Richter gelangt zu diesem Resultate durch die Erwägung, daß das Subhastations-Verfahren im Wege der Zwangsvollstreckung nicht als Particular-Concurs anzusehen sei, die Vorschriften des Tit. 1. Abschn. 1. der Concurs-Ordnung und die vom Verklagten für sich angezogene singuläre Bestimmung im Absatze 1. des §. 11., zufolge des §. 383. der Concurs-

Ordnung, nach der darin enthaltenen Hinweisung auf Abschn. 6. Tit. 1., und des §. 60. der Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869., nur im Falle eines Concurses Geltung hätten, der Verklagte daher das jus subintrandi überhaupt hier nicht ausüben könne; daß aber auch, wenn man die Vorschrift des §. 11. der Concurs-Ordnung auf den Fall des Concurses nicht beschränken wolle, dem Verklagten der letzte Absatz dieses Paragraphen entgegenstehen würde, weil in der am 8. Mai 1869. eingeleiteten Subhastation, in deren Verlaufe der Verklagte die Zinsen und Kosten, für welche er das jus subintrandi beanspruche, an die Lebensversicherungs-Bank gezahlt habe, eine Kaufgelderbelegung nicht stattgefunden habe, die Befriedigung des Gläubigers vielmehr vor Einleitung der Subhastation erfolgt sei, aus welcher die Streitmasse herrühre. Das Eintrittsrecht sei darum nach den allgemeinen Vorschriften in den §§. 46. ff. Tit. 16. Thl. I. A. L.-R. zu beurtheilen und der Verklagte könne ohne ausdrückliche Cession des Pfandrechtes, die er nicht behauptet habe, ein Realrecht für sein Liquidat nicht in Anspruch nehmen.

Die vom Verklagten hiergegen eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist vom dritten Senate des Ober-Tribunals durch das Urtel vom 27. März 1871. zurückgewiesen, aus den nachstehenden

Gründen.

Die Nichtigkeits-Beschwerde beschuldigt den Appellations-Richter zunächst einer Verletzung des §. 11. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855., insofern er die Anwendung dieser Gesetzesstelle auf den Concurs im engeren Sinne beschränkt, bei der Vertheilung der Kaufgelder eines außerhalb des Concurses im Wege der Execution subhastirten Grundstückes ausschließt.

Der §. 11. l. c. handelt von dem jus subintrandi, einer Ausnahme von der Regel in den §§. 47. und 48. Thl. I. Tit. 16. des A. L.=R., und bestimmt:

Wenn Jemand nach der Concurseröffnung die Forderung eines Gläubigers ganz oder zum Theil befriedigt, so tritt er in soweit von Rechtswegen an dessen Stelle; er erlangt auch ohne Cession das mit der Forderung verbundene Vorrecht, Pfand= oder Hypothekenrecht. Ist die Befriedigung des Gläubigers vor der Concurseröffnung erfolgt, so bestimmt sich das Eintrittsrecht nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften.

Hervorgegangen ist der §. 11. aus dem §. 161. Tit. 50. Th. I. der A. G.=O. und dem §. 331. des Anhanges dazu. Schon während der Herrschaft dieser Gesetze ward in Frage gestellt, ob dieselben ausschließlich im Concurse oder auch in dem Liquidations-Verfahren über eine insufficiente Guts=Kaufgeldermasse (Tit. 51. §§. 2.—50. a. a. O.) Anwendung fänden. Das Präjudiz Nr. 119. litt. c. vom Jahre 1836. (Samml. Bd. I. S. 110.) sprach den Grundsatz aus, daß auf Grund der §§. 34.—36. Tit. 51. a. a. O. das jus subintrandi aus dem §. 161. Tit. 50. und dem §. 331. des Anhanges citt. nicht bloß im Concurse, sondern auch in dem über eine insufficiente Guts=Kaufgeldermasse eröffneten Liquidations=Verfahren Platz greife.

Die Verordnung vom 4. März 1834. über den Subhastations= und Kaufgelder=Liquidations=Proceß hob im §. 22. die §§. 2.—50. Tit. 51. Th. I. der A. G.=O. auf; sie waren durch die §§. 16.—21. der Verordnung entbehrlich geworden. Demnächst befreite das Gesetz vom 28. December 1840. die Pfand= und Hypothekengläubiger von der Einlassung in den Concurs und erbschaftlichen Liquidations=

Proceß, und ordnete die Befriedigung der Hypothekengläubiger aus den verpfändeten Immobilien in einem Separatverfahren, nach Maßgabe der Verordnung vom 4. März 1834. und der dazu ergangenen späteren Gesetze, an. Die von Neuem angeregte Streitfrage, ob das jus subintrandi aus dem §. 161. Tit. 50. und dem §. 331. des Anhanges auch außerhalb des Concurses in dem über die Vertheilung einer insufficienten Kaufgeldermasse eingeleiteten Verfahren (§§. 16.—21. der Verordnung vom 4. März 1834.) statt finde, ward durch das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 5. Juni 1855. (Entscheidungen, Bd. 30., S. 437.) im Anschluß an das oben allegirte Präjudiz Nr. 119. c. bejahend entschieden.

Der §. 11. der Concurs-Ordnung von 1855. hat nun das Eintrittsrecht nur in einem beschränkten Umfange aufrecht erhalten; es soll dasselbe nur statt finden, wenn Jemand nach der Concurseröffnung einen Gläubiger ganz oder zum Theil befriedigt. Ueber diese Abweichung von den bisherigen Bestimmungen in dem §. 161. Tit. 50. und dem §. 331. des Anhanges wird in den Motiven zu dem §. 11. des Gesetz-Entwurfes bemerkt:

„Die Frage, inwiefern Jemand durch Abfindung eines Gläubigers in die Stelle desselben einzutreten berechtigt sei, (jus subintrandi), komme sowohl im Concurse, als außerhalb desselben, vor. Es könne nicht Aufgabe der Concurs-Ordnung sein, die allgemeinen Grundsätze für deren Entscheidung festzustellen, vielmehr richteten sich diese nach den Regeln, welche im Civilrechte für den Uebergang der Forderungs- und accessorischen Rechte überhaupt gelten. Für das besondere Gebiet der Concurs-Ordnung bleibe nur zu erwägen, ob und inwiefern die Eigenthümlichkeit des Concurses Abweichungen von den Grundsätzen des Civilrechtes

nothwendig mache. Solche Abweichungen könnten dann nicht eintreten, wenn die Rechtshandlung, welche für die Frage wegen des Eintrittes in die Rechte eines abgefundenen Gläubigers entscheidend sei, wie Cession, Zahlung, sich noch vor der Eröffnung des Concurses ereignet habe. Denn hätte diese Rechtshandlung nach dem Civilrechte den Eintritt zur Folge gehabt, so könne ihn die spätere Concurseröffnung nicht rückgängig machen, sowie im entgegengesetzten Falle die bloße Concurseröffnung einer vorhin vorgefallenen Rechtshandlung, welche an sich den Eintritt nicht bewirkt habe, diese Wirkung nicht nachträglich noch ertheilen könne. In den Bestimmungen des §. 161. Tit. 50. und des Anhangs-§. 331. herrsche hierüber Unklarheit. Sofern die hier gemachte Ausnahme von der Regel in den §§. 47. und 48. Thl. I. Tit. 16. des A. L.-R. auch diejenigen Fälle umfassen solle, wo die Befriedigung des Gläubigers schon vor der Eröffnung des Concurses statt gefunden habe, sei dieselbe ungerechtfertigt; denn, da eine solche Befriedigung den Eintritt in Vorrechte und accessorische Sicherheitsrechte vor dem Concurse nicht bewirke (§§. 47., und 48. citt.) so könne sie diese Wirkung nicht nachträglich durch die Eröffnung eines solchen erlangen. Dagegen müsse jene Ausnahme in so weit, als es sich von einer Befriedigung nach bereits erfolgter Concurseröffnung handle, aufrecht erhalten und hier aufgenommen werden. Habe im Concurse Jemand einen dabei betheiligten Gläubiger befriedigt, so liege darin ein Vorschuß oder eine Verwendung zu Gunsten der Masse auf Höhe des Betrages, welcher dem abgefundenen Gläubiger mit Rücksicht auf sein Vorrecht, Pfand- oder Hypothekenrecht aus der Masse zu zahlen gewesen sein würde. Auf Höhe dieses Betrages würde der Abfindende gradezu

Massegläubiger zu behandeln sein, wenn nicht das Peralscipiendum des Abgefundenen erst im gewöhnlichen Verfahren ermittelt werden müßte. Die Folge hiervon sei, daß der Abfindende, um seinen durch die Abfindung erworbenen Anspruch an die Masse klar zu stellen und zu realisiren, zugleich die Ermittelung des Percipiendums des abgefundenen Gläubigers, wobei die Geltendmachung des Vorrechtes oder Realrechtes desselben von der wesentlichsten Bedeutung sei, zu betreiben habe, mit anderen Worten, daß er sowohl in Ansehung der Forderung des Abgefundenen, als auch in Ansehung deren Vorrechtes, Pfand- oder Hypothekenrechtes an die Stelle des Abgefundenen trete. Das erste Alinea des Entwurfes stelle die hiernach erforderliche besondere Regel auf, während das zweite es lediglich bei den allgemeinen Regeln belasse, 2c."

Aus diesen Bemerkungen läßt sich nicht erkennen, daß das in der bisherigen Gesetzgebung begründete, in der Rechtsprechung anerkannte, jus subintrandi in dem außerhalb eines Concurses eingeleiteten Subhastations- und Kaufgeldervertheilungs-Verfahren hat beseitigt werden sollen. Die Gründe, welche für die, wenn schon modificirte, Aufrechthaltung des jus subintrandi bestimmend gewesen sind, passen ebensowohl auf das Subhastations-Verfahren, als auf den formellen Concurs. Die entgegengesetzte Ansicht des Appellations-Richters beruht auf der Erwägung, daß das Subhastations-Verfahren im Wege der Zwangsvollstreckung sowohl im Concurse, als außerhalb desselben, zwar ein besonderes, in sich abgeschlossenes, Verfahren zum Zwecke der Befriedigung der Realgläubiger, jedoch nicht ein Particular-Concurs sei, daß im §. 383. des durch die Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869. aufgehobenen Abschnittes 6. Tit. 1., nicht Abschnitt 1. Tit. 1. allegirt, im

§. 60. der Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869. in gleicher Weise nur die Befriedigung der Realgläubiger in der Reihenfolge und in dem Umfange, welche für die Vertheilung der Kaufgelder im Falle des Concurses (also nach Abschnitt 6. Tit. 1. der Concurs-Ordnung) festgesetzt seien, angeordnet sei, und daß hieraus folge, daß die Vorschriften im Abschnitte 1. Tit. 1. der Concurs-Ordnung und die singuläre Bestimmung in dem Absatze 1. des §. 11. nur im Falle eines Concurses Geltung hätten. Dieser Ausführung ist nicht beizutreten.

Der formelle Concurs und das Subhastations-Verfahren im Wege der Zwangsvollstreckung haben freilich zum Theil verschiedene Voraussetzungen und Wirkungen, aber auch viel Gemeinsames. Sie treffen darin zusammen, daß in beiden eine Concurrenz, eine Collision der Gläubiger statt findet, daß im Concurse das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners beschlagen wird, die Einleitung der Subhastation, zu Gunsten des Extrahenten, der Adhärenten und der zur Zeit der Einleitung vorhandenen Realgläubiger, eine Beschlagnahme des Grundstückes bewirkt. (§. 9. der Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869.)

Die Commission des Hauses der Abgeordneten bemerkt in ihrem Berichte über den Entwurf der neuen Subhastations-Ordnung zu den §§. 60.—91.:

„Dem Grundgedanken des Entwurfes stimmt die Commission bei. Das Subhastations-Verfahren ist ein Special-Concurs über das Grundstück, aus dessen Masse die berechtigten und betheiligten Gläubiger in der Reihenfolge befriedigt werden, welche ihnen nach den Grundsätzen der Priorität bei Immobilien zusteht."

Die Concurs-Ordnung von 1855. hat die Vorschriften des Gesetzes vom 28. December 1840. über die Befreiung

der Pfand- und Hypothek-Gläubiger von der Einlassung in den Concurs im Principe beibehalten: §§. 2. 31. 263. 268. — Es bildet die Subhastation selbst im formellen Concurse ein abgesondertes Verfahren zur Befriedigung der Realgläubiger, einen Special- oder Particular-Concurs. Die Subhastation kann nach dem §. 268. sowohl auf den Antrag des Verwalters der Concursmasse, als auf den Antrag eines jeden Realgläubigers, dessen Forderung auf der Substanz haftet und zur Execution steht, eingeleitet werden. Abgesehen davon, daß im Falle des Concurses die Kaufgelder, welche zur abgesonderten Befriedigung der Realgläubiger nicht erforderlich sind, zur Masse der Concursgläubiger fließen (§. 270. der Concurs-Ordnung), außerhalb des Concurses, nach dem §. 60. der Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869. Abs. 2. und 3., eine weitere Vertheilung des Kaufgelder-Ueberschusses eintritt, erfolgt die Subhastation und die Kaufgelder-Vertheilung in und außer dem Concurse nach gleichen Normen. Darum hat die Annahme, daß die Vorschriften, welche für das neben dem formellen Concurse eingeleitete Immobiliar-Kaufgelder-Vertheilungs-Verfahren gelten und nicht besonders durch die formelle Concurs-Eröffnung bedingt sind, auch bei der außerhalb des Concurses eingeleiteten Immobiliar-Kaufgelder-Vertheilung zur Anwendung kommen, ihre volle Berechtigung. Zu diesen Vorschriften ist der §. 11. der Concurs-Ordnung über das jus subintrandi zu zählen. Es würde zu eigenthümlichen Consequenzen führen, wollte man das Eintrittsrecht zulassen im Falle, daß Jemand während des Concurses einen zur Befriedigung aus der Immobiliarmasse berechtigten Gläubiger abfindet, dies Recht aber Dem versagen, der im Laufe einer Subhastation einen solchen Gläubiger befriedigt. Für die Subhastation ist der

Tag der Einleitung der entscheidende, bleibt es auch, wenn der formelle Concurs später eröffnet wird. — §. 59. der Concurs-Ordnung. — Der Tag der Einleitung des Subhastations-Verfahrens wird daher außerhalb des Concurses im Sinne des §. 11. l. c. als maßgebend anzusehen sein. Die Stellung, welche der §. 11. im Systeme der Concurs-Ordnung (Tit. 1. Abschnitt 1. „Gegenstand und Wirkungen des Concurses im Allgemeinen") erhalten, bedingt noch nicht die Beschränkung des jus subintrandi auf den Fall des formellen Concurses. Zwar heißt es in dem Berichte der damaligen zweiten Kammer über den, zufolge Allerhöchster Ermächtigung vom 27. December 1854., vorgelegten, Entwurf zur Concurs-Ordnung:

> „Durch die Ausdehnung des Gesetzes auf alle Fälle der Concurrenz von Gläubigern in der Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche im Wege der Execution könnte das Verhältniß der allgemeinen Grundsätze, welche sich als leitende für den Concurs im ersten Titel des Gesetzes finden, zweifelhaft werden; es könnte die Anwendbarkeit derselben, über die Grenzen des Concurses im engeren Sinne (Tit. 2. und 3.) hinaus, auf die nur durch den allgemeiner aufgefaßten Begriff mit demselben verbundenen Lehren in den Tit. 4. und 5. in Frage kommen. Allein die Frage erscheint müßig, da, soweit diese Grundsätze in der That auch in diesen Lehren practische Geltung erlangen können, sie dort auch besonders und ausdrücklich wiederholt sind, so insbesondere die Befugniß zur Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners u. s. w. — Soweit dies aber nicht geschehen, ist es klar, daß jene allgemeinen Grundsätze nur den Concurs im engeren Sinne vor Augen haben."

Es ist indessen schon bedenklich, ein Gesetz nach der

Auffassung des einen Factors der Gesetzgebung auszulegen, und schwerlich hat man daran gedacht, durch die Fassung des §. 383. der Concurs-Ordnung das Eintrittsrecht bei der außerhalb des Concurses erfolgenden Vertheilung der Kaufgelder eines subhastirten Grundstückes ausschließen zu wollen. Der §. 383., mit dem der dritte Abschnitt des Titel 5.: „von der Vertheilung der Kaufgelder bei nothwendigen Subhastationen" beginnt, bestimmt über die Rangordnung der Realgläubiger und verweist auf Titel 1. Abschnitt 6. Danach sollen die Kaufgelder bei einer im Wege der Execution erfolgenden Subhastation ganz nach der Reihenfolge und in dem Umfange, wie es im Falle des Concurses vorgeschrieben ist, vertheilt werden. Damit erscheint auch geboten, daß bei der Vertheilung der Kaufgelder alles das gilt, was für den Concurs der §. 11. bezüglich des Eintrittsrechtes bestimmt; die Worte: „wie es im Falle des Concurses vorgeschrieben ist", lassen einen ausdrücklichen Hinweis auf den §. 11. entbehrlich erscheinen. Aus dem bloßen Allegate: „Titel 1., Abschnitt 6". — ist nicht zu entnehmen, daß der Gesetzgeber in das bisher gültige materielle Recht in so erheblicher Weise hat eingreifen wollen.

Der Entscheidungsgrund des diesseitigen Urtels vom 5. Juni 1855. (Entsch. Bd. 30. S. 437.): „daß, nachdem durch die Verordnung vom 28. December 1840. ein besonderes Verfahren wegen Befriedigung der Pfand- und Hypotheken-Gläubiger außerhalb des Concurses eingeführt worden, eine Beschränkung des jus subintrandi auf den eigentlichen Concurs eine Aufhebung desselben zur Folge haben würde, was — in Ermangelung eines Grundes und Anhaltes für eine solche, der ganzen, die Erleichterung der Befriedigung der Realberechtigten bezweckenden, Verord-

nung vom 28. December 1840. widersprechende Tendenz, — als der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprechend, anzuerkennen sei;" — dieser Entscheidungsgrund muß auch nach der Emanation der Concurs-Ordnung von 1855. durchgreifen, da in dieselbe das Princip der Verordnung vom 28. December 1840. im Wesentlichen aufgenommen ist. Hiermit in Uebereinstimmung führt Koch (Recht der Forderungen, II. Ausgabe, S. 648. Bd. 1.) aus:

„Die Concurs-Ordnung erkläre auch die Separat-Vertheilungs-Verfahren für Particular-Concurse, folglich kämen, in so weit nicht besondere Vorschriften für den einen oder den anderen Particular-Concurs gegeben seien, die für den Universal-Concurs gegebenen Bestimmungen zur Anwendung. Es würde außerdem die Ungereimtheit eintreten, daß der §. 11. der Concurs-Ordung zum Theil gegenstandslos wäre; denn es sei darin eben von dem Uebergange der Pfand- und Hypotheken-Rechte die Rede und diese Rechte schlössen grade von dem Universal-Concurse aus, bedingten die Befriedigung der Berechtigten außerhalb des eigentlichen Concurses. Es sei deshalb für die Geltung des jus subintrandi einerlei, ob neben dem besonderen Vertheilungs-Verfahren zugleich auch der Universal-Concurs verhandelt werde oder nicht."

Die Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869. endlich enthält über das jus subintrandi nichts. Sie hebt die §§. 383.—415. der Concurs-Ordnung auf und bestimmt im §. 60:

Aus den Kaufgeldern des subhastirten Grundstückes werden die Realgläubiger in der Reihenfolge und dem Umfange berichtigt, welche für die Vertheilung der Kaufgelder im Falle des Concurses festgesetzt sind.

Die Fassung stimmt im Wesentlichen mit der des auf-

gehobenen §. 383. der Concurs-Ordnung überein; das Allegat „Titel 1., Abschnitt 6." ist weggelassen. Damit fällt von selbst das Argument weg, welches der Appellations-Richter für die Beschränkung des §. 11. auf den Fall des eigentlichen Concurses aus jenem Allegate entnimmt.

Hiernach erscheint der auf Verletzung des ersten Absatzes des §. 11. der Concurs-Ordnung gestützte Angriff gerechtfertigt. Die Nichtigkeits-Beschwerde scheitert aber an dem ohne Erfolg bekämpften zweiten Entscheidungsgrunde. Die Subhastation, aus welcher die unter den Parteien bei der Kaufgelderveriheilung streitig gewordene Masse entstanden ist, ist am 5. Juni 1869. eingeleitet. Der Verklagte hat die Zinsen des für die Lebensversicherungs-Bank zu Gotha auf dem subhastirten Grundstücke haftenden Hypotheken-Capitales und die Kosten der Beitreibung, die er an der Stelle des befriedigten Gläubigers ex jure subintrandi beansprucht, am 19. Mai 1869., also vor der Einleitung der Subhastation bezahlt. Es steht ihm daher, wie der Appellations-Richter mit Recht annimmt, die Vorschrift im Absatze 2. des §. 11. der Concurs-Ordnung entgegen. Der Verklagte kann sich darauf nicht berufen, daß bereits am 8. Mai 1869., vor der von ihm bewirkten Abfindung des Gläubigers, eine Subhastation eingeleitet war; denn dies Verfahren war auf Antrag des Extrahenten am 22. Mai 1869. aufgehoben. Das jus subintrandi giebt die Befugniß, die bezahlte Forderung mit den ihr zustehenden Vorrechten und accessorischen Sicherungsrechten, auch ohne eine Cession derselben, an Stelle des abgefundenen Gläubigers zu liquidiren und deren Befriedigung aus der Masse, bei deren Vertheilung er mit anderen Gläubigern concurrirt, zu verlangen. Es setzt zu seiner Ausübung eine Theilungsmasse und deren wirkliche Vertheilung voraus. Kommt das

Verfahren nicht durch eine Vertheilung der Masse zum Abschlusse, so tritt auch das jus subintrandi nicht in Wirksamkeit. Es gehen in solchem Falle nicht, wie Implorant behauptet, das jus subintrandi, die durch die Befriedigung des Gläubigers erworbenen, mit dessen Forderung verbundenen, Vorrechte wieder verloren, sondern es fehlt zur Ausübung des Rechtes an der nothwendigen Voraussetzung. Von einer Verletzung der §§. 7.–9. Thl. I. Tit. 16. des A. L. R., welche von dem Erlöschen von Rechten handeln, kann daher nicht die Rede sein.

Die am 22. Mai 1869. aufgehobene Subhastation kommt für den vorliegenden Rechtsstreit nicht weiter in Betracht. Wäre diese Subhastation von Fortgang gewesen und es darin zu einer Vertheilung der Kaufgelder gekommen, so würden die Voraussetzungen für das Eintrittsrecht des Verklagten vorhanden gewesen sein. Die hier streitige Masse rührt aber aus der auf Antrag eines anderen Gläubigers später neu eingeleiteten Subhastation her, und in Bezug auf diese kann der Verklagte das jus subintrandi aus einer vor Einleitung des Verfahrens erfolgten Befriedigung des Gläubigers nach dem §. 11. der Concurs-Ordnung nicht geltend machen.

Wenn endlich Implorant, unter Berufung auf das diesseitige Präjudicat Bd. 35. S. 470. der Entscheidungen, den Kläger zu dem erhobenen Widerspruche nicht für berechtigt erachtet, weil derselbe lediglich auf ein Bestreiten der Legitimation des Liquidanten hinauslaufe, und deshalb dem Appellations-Richter eine Verletzung des §. 70. der Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869. zum Vorwurfe macht, so ist dieser Angriff verfehlt. Es handelt sich um das Hypothekenrecht und das damit verbundene Vorrecht, das Verklagter für die von ihm bezahlten Zinsen

eines Hypothekencapitales und die erstatteten Kosten auf Grund des §. 11. der Concurs-Ordnung in Anspruch nimmt, und dies zu bestreiten war der Kläger nach dem §. 70. der Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869. befugt. Der Verklagte hat wegen der von ihm bezahlten Zinsen und Kosten, ohne erhaltene Cession des ihnen und dem Capitale zustehenden Hypothekenrechtes, nur einen persönlichen Anspruch an den Schuldner und Subhastaten, den er gegen die Kaufgelder zum Nachtheile der Realgläubiger nicht geltend machen kann.

Die Nichtigkeits-Beschwerde war deshalb zurückzuweisen.

№ 53.

Concurs. Synagogen-Gemeinde.

Stehet einer Synagogen-Gemeinde das Vorrecht aus §. 79. der Concurs-Ordnung zu?

Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. §. 79.

Gesetz vom 23. Juli 1847., über die Verhältnisse der Juden, §§. 35. 37. 51. 59. (Ges.-S. S. 203.)

A. L.-R. Einleitung §§. 46. 54. und 55.

Die klagende Synagogen-Gemeinde, welche in B. eine öffentliche Synagoge, einen öffentlichen Begräbnißplatz und eine öffentliche Schule hat, und den verstorbenen Ehemann der Gemeinschuldnerin, Wittwe E., als Gemeinde-Empfänger und Rendanten angestellt hatte, verlangte die Erstattung

der Defecte des Letzteren von 337. Thlrn. 5. Sgr. 4. Pf. aus der Concursmasse und nahm für ihre Forderung, auf Grund des §. 79. der Concurs-Ordnung, das Vorrecht der siebenten Classe in Anspruch. Da dasselbe von dem Concurs-Verwalter ihr nicht zugestanden wurde, erhob sie gegen ihn auf Anerkennung Klage. Der erste Richter, das Kreisgericht zu Paderborn, verurtheilte hierzu den Verklagten, dagegen wies das Appellations-Gericht zu Paderborn am 26. Januar 1871. die Klage ab. Die von der Klägerin hiergegen eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde behauptet, daß der Appellations-Richter durch seine Entscheidung die §§. 35. 37. 51. 59. 63. 64. 67. des Gesetzes vom 23. Juli 1847. über die Verhältnisse der Juden, den §. 79. der Concurs-Ordnung und die §§. 46. 54. und 55. der Einleitung zum Allg. Landrechte verletzt habe. Der vierte Senat des Ober-Tribunals hat jedoch die Nichtigkeits-Beschwerde durch das Erkenntniß vom 4. Juli 1871. zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Nach dem §. 79. der Concurs-Ordnung haben das Vorzugsrecht der siebenten Classe: „die Ansprüche der Communal-, Kreis- und Provinzial-Verbände, der landschaftlichen Credit-Verbände, der Domcapitel, Collegiatstifter, Klöster, Kirchen, Schulen und milden Stiftungen wegen der dem Gemeinschuldner zur Last fallenden Defecte aus einer von demselben geführten Verwaltung ihrer Cassen oder ihres sonstigen Vermögens.“

Es leuchtet zunächst ein, daß die Klägerin als Synagogen-Gemeinde das Vorzugsrecht nicht darauf stützen kann, daß der §. 79. der Concurs Ordnung unter den Bevorzugten auch „Communal-Verbände“ aufführt; denn Communal-Verbände sind hier communale Ortsverbände, ohne Rücksicht auf das Glaubens-Bekenntniß ihrer Mitglieder,

zu denen auch die Juden schon vermöge ihres Domiciles gehören. Es sind darunter die rein politischen Ortsgemeinden verstanden, und hat mit dem gedachten Worte die neue Concurs-Ordnung das im §. 405. Tit. 50. Thl. I. der A. G.-O. nur den Kämmerei-Cassen, also den Stadtgemeinden, zugebilligte Vorrecht auch auf die Cassen der Dorfgemeinden ausgedehnt. Von diesen politischen Gemeinden unterscheiden sich aber die Kirchen- und Schul-Gemeinden, und darum führt auch der §. 79. der Concurs-Ordnung, da diesen ein gleiches Vorzugsrecht, wie jenen, zustehen soll, die Kirchen und Schulen besonders auf und erachtet sie demgemäß für von den Communal-Verbänden verschiedene Rechtssubjecte. Es kann sich daher nur fragen, ob unter „Kirchen" die Synagogen, resp. Synagogen-Gemeinden rechtlich begriffen sind. Aber auch dies muß verneint werden.

Es ist allerdings richtig, daß schon durch das Edict vom 11. März 1812 den Juden das Staatsbürgerrecht und, der Hauptsache nach, auch gleiche bürgerliche Rechte mit den Christen verliehen worden sind. (§§. 1. 7. 15.) Das Gesetz vom 23. Juli 1847., betreffend die Verhältnisse der Juden (§. 1.), und Art. 4. und 12. der Preußischen Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850. vollenden diese allgemeine Gleichstellung. Der im §. 39. des Edictes von 1812. gemachte Vorbehalt der nöthigen Bestimmungen wegen des Cultus und der Verbesserung des Unterrichtes der Juden, hat in dem Gesetze vom 23. Juli 1847. seine Erledigung gefunden, und zwar unter Tit. II. dieses Gesetzes. Danach sind die Juden, Behufs der Einrichtung und Verwaltung ihrer Cultus-, Unterrichts- und Armen-Angelegenheiten, zu Synagogen-Gemeinden vereinigt worden

(§§. 35. 51. ff. 54. 60. ff.), und der §. 37. schreibt vor:

Die einzelnen Synagogen-Gemeinden erhalten in Bezug auf ihre Vermögens-Verhältnisse die Rechte juristischer Personen.

Sie sind sonach auch in dieser Beziehung den christlichen Kirchen- und Schul-Gemeinden gleichgestellt worden. Allein diese Gleichstellung erstreckt sich nicht über die Grenzen hinaus, welche durch die allgemeinen Eigenschaften einer vom Staate anerkannten juristischen Person gezogen werden, indem, neben diesen, schon aus dem Begriffe einer privilegirten Corporation folgenden, Eigenschaften, den einzelnen Corporationen noch besondere Rechte beigelegt sein können. Das von der Klägerin prätendirte Vorrecht ist aber noch keinesweges nothwendig in jeder Verleihung von Corporationsrechten stillschweigend mitenthalten. Dasselbe stellt sich vielmehr als ein besonderes Recht dar, das ausdrücklich verliehen werden muß, und da in dem §. 79. der Concurs-Ordnung nicht allen privilegirten juristischen Personen das dort ausgesprochene Vorzugsrecht gegeben ist, sondern nur einzelnen, darin speciell benannten, so kann es auch nur auf diese bezogen werden. Synagogen oder Synagogen-Gemeinden sind darin nicht aufgeführt; darum findet auf sie, wie der Appellations-Richter ganz richtig annimmt, das Vorrecht keine Anwendung. Das Erkenntniß vom 10. Mai 1850., Präjudiz Nr. 2206. (Entscheidungen Bd. 19. S. 483.), steht dem nicht entgegen; denn darin ist nur ausgeführt, daß nach dem §. 35. des Gesetzes vom 27. Juni 1847. auch die jüdischen Corporationen, oder die Synagogen-Gemeinden, die in dem Art. 13. der Declaration vom 6. April 1839. den privilegirten Corporationen bewilligte Doppelfrist von zwölf Wochen zur Anmeldung von Rechtsmitteln genießen.

Der Art. 13. l. c. legt nämlich allen privilegirten Corporationen die gedachte Doppelfrist bei, hat also diese Begünstigung zu einer allgemeinen Eigenschaft privilegirter Corporationen gemacht, während es sich hier um ein besonderes, nicht allen, sondern nur einzelnen juristischen Personen beigelegtes Vorrecht handelt. Wollte man aber auch annehmen, daß fü die Synagogen-Gemeinden derselbe Rechtsgrund, wie für die im §. 79. der Concurs-Ordnung ausdrücklich genannten Institute, namentlich wie für die Kirchen, vorliege, ihnen das diesen eingeräumte Vorzugsrecht ebenfalls zu gewähren, so erscheint doch hier eine analoge Anwendung des §. 79. der Concurs-Ordnung, nach dem §. 46. der Einleitung und dem §. 2. des Anh. zum Allg. Landrecht, nicht gerechtfertigt, indem die §§. 54. und 55. der Einleitung a. a. O., einem allgemeinen Rechtsgrundsatze gemäß, sich gegen ausdehnende Erklärungen von Ausnahmegesetzen, zu denen die im §. 79. der Concurs-Ordnung zugelassenen Vorrechte, als Privilegien, gehören, aussprechen. Es kann daher hier die Interpretation um so weniger auf die Analogie hinführen, als in dem, aus dem §. 405. Tit. 50. Thl. I. der A. G.-O. entnommenen, §. 79. der neuen Concurs-Ordnung, zu den dort genannten Instituten nur ein einziges neues, d. i. die bereits erwähnte ländliche Communal-Casse, hinzugefügt worden, und daher anzunehmen ist, daß, wenn der Gesetzgeber auch die Synagogen, resp. die Synagogen-Gemeinden den in dem §. 405. cit. genannten Instituten hätte gleichstellen wollen, er dies gewiß ebenso ausdrücklich, wie rücksichtlich der ländlichen Communal-Cassen, zu erkennen gegeben haben würde. Daß der Gesetzgeber nicht schon unter dem, im §. 79. a. a. O. gebrauchten, Worte „Kirchen" auch Synagogen sprachlich verstanden hat, bedarf kaum der Ausführung. Nicht für

die Bezeichnung aller Religionsgesellschaften, sondern nur für solche Vereinigungen, welche auf dem Boden des Christenthumes stehen, hat die Gesetzessprache den Gebrauch des Wortes „Kirche" fixirt. Dazu kommt, daß bei dem Worte „Kirche" in dem §. 405. Thl. I. Tit. 50. der A. G. = O. schon deshalb an Synagogen nicht gedacht sein kann, weil bei der Entstehung und Erscheinung der Allgemeinen Gerichts = Ordnung die Juden überhaupt noch keine vollen politischen und bürgerlichen Rechte hatten, und daher die Absicht fern gelegen hat, sie, gleich den Christen, in ihren Cultus=Einrichtungen zu privilegiren. Wenn nun ohne Zusatz oder Abänderung der §. 405. cit. in die neue Concurs=Ordnung aufgenommen worden, obschon vorher durch das Gesetz von 1847. den Synagogen Corporationsrechte verliehen waren, so folgt daraus, daß man es nicht für nothwendig oder opportun erachtet hat, auf Grund jener allgemeinen Gleichstellung der Juden mit den Christen, ihnen auch dieses besondere Vorrecht zu gewähren. Danach muß mit dem ersten Richter angenommen werden, daß das Recht, welches den Kirchen nach dem stricte zu interpretirenden §. 79. der Concurs = Ordnung zusteht, nicht auch den Synagogen gebührt. Diese Ansicht wird weder durch die Motive, noch durch die Landtags = Verhandlungen, betreffend die neue Concurs=Ordnung, welche die erörterte Frage gar nicht berühren, widerlegt. (Materialien zur Concurs=Ordnung von Klose und Wentzel S. 171. und Goltdammer S. 189.). Der Appellations=Richter hat sonach keinesweges gegen die zur Sprache gebrachten und von der Klägerin als verletzt bezeichneten Gesetze verstoßen. Sein Erkenntniß, welches der Klägerin rücksichtlich des Cultus=Vermögens, auch dem Gegenstande nach das Vorrecht abspricht, ist vielmehr gerechtfertigt.

Ein Theil der Defecte soll zwar auch aus unterschla=

genen Geldern der jüdischen öffentlichen Lehr-, resp. Unterrichts-Schule bestanden haben (§§. 63. 64. und 67. des Gesetzes vom 23. Juli 1847.). Dieser Theil war aber weder quantitativ näher angegeben, beziehungsweise von den übrigen Defecten in der Klage abgesondert, noch behauptet worden, daß eine besondere Schulcasse bestanden habe. Hier ist die Abweisung der Klage lediglich wegen mangelhafter thatsächlicher Substantiirung erfolgt. Defecte dieser Art werden daher durch die obige Entscheidung nicht berührt.

№ 54.

Berichtigung jährlicher Hebungen von unbestimmter Dauer, aus den Kaufgeldern, bei einer nothwendigen Subhastation.

Dürfen, wenn bei der, in nothwendigen Subhastationen statt findenden, Vertheilung der Kaufgeldermasse, ein zur Deckung künftiger jährlicher Hebungen ausgesetztes Capital nicht mehr voll zur Perception kommt, Gläubiger, welche nicht zu gleichen Rechten mit diesen Hebungen, sondern erst hinter denselben in das Hypothekenbuch eingetragen sind, dem widersprechen, daß jährlich der volle Betrag der Hebungen aus den Zinsen des angelegten Capitales, und aus

diesem selbst, bis zu dessen Erschöpfung, so lange das Recht zu den Hebungen fortdauert, ausgezahlt wird?

Concurs-Ordnung §§. 62. 85. 251. 398.

Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869. §§. 77. 115.

Die Grundstücke des Joseph E. sind nach dem 1. Mai 1869. zur nothwendigen Subhastation gezogen worden. Auf denselben stand im Hypothekenbuche Rubr. III. Nr. 3. für die verklagten E.'schen Eheleute ein Wohnungs- und Unterhaltungsrecht aus dem Vertrage vom 4. Januar 1862. eingetragen. Nach Befriedigung der vor denselben eingetragenen Gläubiger blieb von den Kaufgeldern der Betrag von 1674. Thlrn. 22. Sgr. übrig, welcher ad depositum genommen und bei der Sparcasse zu G. belegt worden ist. Der in Rubr. III. Nr. 4. hinter den verklagten Eheleuten mit einem Capitale von 400. Thlrn. eingetragene Kläger, St., bestreitet den Verklagten nicht das Recht überhaupt, vor ihm aus diesem Kaufgelder-Ueberschusse in einer jährlichen Rente, eine Befriedigung zu verlangen, wohl aber den von ihnen jährlich geforderten Betrag. In der gegen sie angestrengten Klage behauptete er, daß die dem Wohnungs- und Unterhaltungsrechte entsprechende jährliche Rente überhaupt nur auf 60. Thlr. anzuschlagen sei. Die Verklagten berechneten sie in der Klagebeantwortung auf 258. Thlr. 20. Sgr. Auf Grund eingeholter Gutachten hat das Kreisgericht zu Lippstadt im Erkenntnisse vom 8. April 1870. diesen letzteren Betrag für richtig angenommen, und der Kläger hat nichts dagegen, daß das Wohnungs- und Unterhaltungsrecht an sich auf so hoch jährlich anzuschlagen sei, sondern nur gegen den weiteren Inhalt des Erkenntnisses über den den Verklagten aus den 1674. Thlrn. 22. Sgr.

wirklich auszuzahlenden Betrag appellirt. Das Kreisgericht hat ihn nämlich in Bezug auf die Reconvention verurtheilt:

zu erleiden, daß die 1674. Thlr. 22. Sgr. als Capital für die Verklagten zur Deckung ihrer Bedürfnisse an Wohnung und Unterhalt anzulegen und daß ihnen jährlich der Betrag von 258. Thlrn. 20. Sgr. in vierteljährlichen Raten praenumerando vom 21. Juli 1869. ab, und zwar zunächst aus den Zinsen jenes Capitales, und, soweit diese nicht ausreichen, aus dem Capitale selbst gezahlt werden.

Kläger behauptet in der Appellations-Rechtfertigung, daß die Verklagten nicht den vollen Betrag ihrer Hebungen ausgezahlt verlangen können, sondern sich mit einem, dem Verhältnisse des zum Ansatze gebrachten Capitales zu dem zur Perception gekommenen Betrage entsprechenden, Theile ihrer Hebungen begnügen müssen, und hat darauf angetragen, die Verklagten mit ihrer hiernach sich ergebenden Zuvielforderung abzuweisen.

Das Appellations-Gericht zu Arnsberg hat am 24. September 1870. das erste Erkenntniß bestätigt. Die dagegen wegen Verletzung der §§. 77. 115. der Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869. und der §§. 62. 85. 251. 398. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem dritten Senate des Ober-Tribunals am 20. Februar 1870. zurückgewiesen worden, aus folgenden

Gründen.

Die gedruckten Regierungs-Motive zu dem Entwurfe der Concurs-Ordnung S. 121. und zwar zum §. 245. des Entwurfes (§. 251. der Concurs-Ordnung) beginnen damit, daß bei den Bestimmungen über die Behandlung der Ansprüche auf fortlaufende Hebungen im Wesentlichen von den Grundsätzen der Allg.

Ger.=Ordn. Thl. I. Tit. 50. §§. 555. ff. ausgegangen sei, weisen auch noch auf den §. 154. das. hin. Nach diesen Paragraphen sollten fortlaufende, aber nicht beständige Prästationen am gehörigen Orte angesetzt und ein proportionirliches Capital, dessen Zinsen zu ihrer Bezahlung hinreichen, unter Vorbehalt des künftigen Rückfalles ausgeworfen werden. Für den Fall, daß an der Stelle, wo sie angesetzt worden, für das proportionirliche Capital nicht mehr hinreichende Masse vorhanden ist, war nichts Besonderes bestimmt. Da aber die ganze alte Concurs-Ordnung auf einem Vorrechtssysteme der einzelnen Forderungen beruht, wonach jede Forderung der zweiten, dritten, vierten und fünften Classe ihre besondere Stelle vor anderen Forderungen angewiesen erhalten hat, so lag für diese Forderungen, der Regel nach, der Gedanke fern, daß mehrere mit gleicher Priorität mit einander concurrirten. Es verstand sich nach diesem Vorrechtssysteme von selbst, daß eine in der Classificatoria an einer bestimmten Stelle, prioritätisch vor allen nachstehenden Forderungen, angesetzte jährliche Hebung, wenn die für diese Stelle noch vorhandene Masse nicht mehr voll zur Deckung eines proportionirlichen Capitales hinreichte, doch aus der wirklich noch vorhandenen Masse und deren aufkommenden Zinsen jährlich ganz berichtigt werden mußte, bis die Masse erschöpft war, oder die jährliche Hebung ihre Endschaft erreicht hatte. Jedoch konnten in einzelnen Fällen nach den §§. 385. 386. 429. 451. mehrere Forderungen in der zweiten, sowie in der vierten und fünften Classe, ein gleiches Vorzugsrecht haben, welche dann bei unzureichender Masse nur verhältnißmäßig zur Hebung kamen, wie dies nach dem §. 473. für sämmtliche Forderungen der sechsten Classe, imgleichen nach dem §. 474. für sämmtliche Forderungen der siebenten Classe

galt. Für alle solche Forderungen von gleichem Vorzugsrechte folgt schon aus diesem ihrem Verhältnisse zu einander, wonach sie nur verhältnißmäßig berichtigt werden dürfen, also verhältnißmäßig ausfallen, daß der §. 555. nicht anders, als dahin angewendet werden konnte, daß auch die jährlichen Hebungen nicht zu ihrem vollen Betrage, sondern nur nach demselben Verhältnisse, in welchem die mit gleichem Vorzugsrechte versehenen Forderungen zur Perception gekommen waren, aus dem für solche Hebungen ausgeworfenen Capitale nebst den davon auflaufenden Zinsen ausgezahlt werden durften. Da auch in der dritten Classe es vorkommen konnte, daß Hypotheken-Capitalien mit fortlaufenden Hebungen gleiche Priorität hatten, z. B. wenn aus einem und demselben Vertrage rückständiges Kaufgeld und Altentheils-Präſtationen gleichzeitig eingetragen waren, so mußte auch für diese Concurrenz in der dritten Classe der §. 555. dahin ausgeführt werden, daß die jährlichen Hebungen aus dem für sie ausgeworfenen Capitale nebst davon auflaufenden Zinsen nur in demselben Verhältnisse ausgezahlt werden durften, in welchem ein mit gleicher Priorität versehenes Hypotheken-Capital zur Perception kam. Eine ähnliche verhältnißmäßige Reduction legirter Summen und legirter Hebungen kennt auch außerhalb des Concurses das A. L.-R. Thl. I. Titel 12. §§. 346. bis 351.

Von dem, was zu dem Vorrechtssysteme der alten Concurs-Ordnung gehörte, findet sich in der neuen Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. Einiges in veränderter Gestalt wieder:

1. Die abgesonderte Befriedigung der Pfand- und einiger anderer Gläubiger aus dem Pfande und gewissem anderem Vermögen;

2. die abgesonderte Befriedigung und Rangordnung der Realgläubiger in Beziehung auf Immobilien,
3. imgleichen in Beziehung auf Schiffe.

— §§. 31. bis 39., 46. bis 63., 64. bis 71. —

Diese alle gehören nicht zu den gegen die Concurs-Masse liquidirenden Concurs-Gläubigern. In Betreff aller Concurs-Gläubiger ist dagegen das Vorrechtssystem der alten Concurs-Ordnung — S. die angeführten Motive, S. 3.—5. — grundsätzlich aufgehoben worden, mit alleiniger Ausnahme der wenigen, in den §§. 72.—81. der neuen Concurs-Ordnung aufgezählten, bevorzugten Forderungen unter welchen sich keine weiter fortlaufenden Hebungen befinden. Die sämmtlichen übrigen Ansprüche der Concurs-Gläubiger kommen nach dem §. 82. zu gleichen Rechten zur Perception. Alle aus der Concursmasse zu berichtigenden weiter fortlaufenden Hebungen sind daher mit den übrigen nicht bevorzugten Forderungen an die Concursmasse an derselben Stelle anzusetzen, und müssen, wie durch Hinweisung auf die §§. 61. und 62. anerkannt worden ist, bei unzureichender Masse aus der Concursmasse ebenso verhältnißmäßig berichtigt werden, wie nach diesen §§. 61. und 62. aus der Immobiliar-Kaufgeldermasse diejenigen Hypotheken-Capitalien und hypothekarisch eingetragenen jährlichen Hebungen, welche gleiche Priorität haben, verhältnißmäßig berichtigt werden müssen. Sowohl in Betreff der Concursmasse, als in Betreff der Immobiliar-Kaufgeldermasse folgt dies so nothwendig aus der Ansetzung zu gleichen Rechten, daß es einer ausdrücklichen Erwähnung in der neuen Concurs-Ordnung eben so wenig bedurfte, als dieselbe in der alten Concurs-Ordnung für nöthig befunden war. Nur eine viel ausgedehntere Anwendung findet dieser Grundsatz in der neuen Concurs-Ordnung bei der Concursmasse, als

in der alten Concurs-Ordnung bei der Gemeinmasse darum, weil bei dieser das Vorrechtssystem vorherrschend, die Ansetzung zu gleichen Rechten also seltener war, jetzt aber gegen die Concursmasse für fortlaufende Hebungen eine andere Ansetzung gar nicht mehr vorkommen kann, als zu gleichen Rechten mit sämmtlichen nicht privilegirten Forderungen an die Concursmasse. Davon, daß der Grundsatz selbst sowohl nach der alten, als nach der neuen Concurs-Ordnung sich von selbst verstehe, nach der neuen aber bei der Concursmasse seine Anwendung wegen der ganz allgemeinen Ansetzung zu gleichen Rechten auch allgemein zur Geltung komme, gehen denn auch die Motive zum §. 245. des Entwurfes (jetzt §. 251. der Concurs-Ordnung) S. 121. aus, indem sie lauten:

„Bei den Bestimmungen über die Behandlung der Ansprüche auf fortlaufende Hebungen (Entwurf §§. 244. 245.) ist im Wesentlichen von den Grundsätzen der Allgemeinen Gerichts-Ordnung Thl. I. Tit. 50. §§. 555. ff. ausgegangen. Bei den fortlaufenden Hebungen kann der aus dem zinsbar angelegten Percipiendum jedesmal zu zahlende Betrag der einzelnen Hebungen sich nicht nach den jedesmal aufkommenden Zinsen richten (vergl. Allgemeine Gerichts-Ordnung l. c. §. 154.), sondern derselbe muß dem bei der Capitalisirung zum Grunde gelegten Verhältnisse entsprechen. Wenn also z. B. eine lebenslängliche Rente von jährlich 24. Thlrn. liquidirt ist, wofür das Capital zu vier Procent (Entwurf §§. 60. 83.) sich auf 600. Thlr. beläuft und auf dasselbe bei der Vertheilung 50. Thlr. fallen, so beträgt die jährliche Hebung daraus, nach dem gleichen Procentsatze, 2. Thlr.; so oft daher die Zinsen des Capitales von 50. Thlrn. zur Deckung dieser 2. Thlr. nicht ausreichen,

muß der fehlende Betrag aus diesem Capitale selbst gedeckt werden."

Diese Erläuterung ergiebt, daß man schon beim Entwurfe die richtige verhältnißmäßige Berichtigung der künftigen Hebungen vor Augen gehabt hat. — Der §. 245. des Entwurfes selbst lautete:

„Besteht eine Forderung in dem Anspruche auf fortlaufende Hebungen, so wird der Betrag, welcher bei der Vertheilung auf das zur Deckung der künftigen Hebungen angesetzte Capital (§§. 60. 83.) — (§§. 62. 85. der Concurs-Ordnung, — wonach fortlaufende Hebungen nach dem Satze zu vier vom Hundert zu Capital gerechnet werden —), fällt, verzinslich angelegt. Die Anlegung erfolgt ꝛc.

So oft die Zinsen zur Berichtigung der dem angesetzten Capitale entsprechenden Hebungsbeträge nicht hinreichen, wird der fehlende Betrag aus dem Capitale entnommen."

In diesem letzten Absatze ist das Wort: „angesetzten", welches zu einem Mißverständnisse verleiten kann, vielleicht auf einem Redactionsfehler — vergl. Koch, Concurs-Ordnung, Note 63. a. und 64. zum §. 251. — beruhen mag, und noch in den Abänderungs-Vorschlägen der zweiten Kammer unverändert stehen geblieben ist, in das Wort „angelegten" verbessert worden, welches den schon in den vorstehenden Erläuterungen der Motive deutlich ausgedrückten Sinn über die gewollte, verhältnißmäßige Berichtigung richtiger bezeichnet. Wenn nun hiernach aus der Concursmasse die von fortlaufenden Hebungen jährlich fällig werdenden Beträge nicht zur vollen Höhe, sondern nur nach demselben Verhältnisse, in welchem die anderen nicht privilegirten Forderungen aus der Concursmasse zur Perception gelangen, aus dem für solche Hebungen angelegten Capi-

tale und den davon auflaufenden Zinsen ausbezahlt werden dürfen, so versteht sich nach allem Vorstehenden von selbst, daß bei der Vertheilung der Immobiliar-Kaufgeldermasse

1. dasselbe gelten muß, wenn ein Kaufgelderbestand auf mehrere, nach dem §. 61. der Concurs-Ordnung an derselben Stelle angesetzte, Forderungen, zu deren vollständigen Tilgung er nicht hinreicht, vertheilt werden muß, unter denen sich fortlaufende Hebungen befinden; was denn auch in der ausdrücklichen Vorschrift des §. 61. über die verhältnißmäßige Berichtigung der an derselben Stelle anzusetzenden Forderungen enthalten ist, wenn man damit den §. 62. in Verbindung bringt, welcher nur darüber Bestimmung enthält, wie hoch die Hebung in Capital anzusetzen ist, und daher das angesetzte Capital der Regel des §. 61. unterwirft, so daß aus demselben nebst davon auflaufenden Zinsen die jährlich fällig werdenden Hebungen nicht voll, sondern nur nach demselben Verhältnisse, in welchem die nach dem §. 61. zu gleicher Priorität angesetzten Capitalforderungen zur Berichtigung gekommen sind, ausbezahlt werden dürfen.

Nur dieses ist in dem Ober-Tribunals-Erkenntnisse vom 21. Juni 1867. — Entscheidungen Bd. 59. S. 429.—436. — für einen Fall, wo ein Ausgedinge der Klägerin mit einer Capitalforderung des Verklagten zu gleichen Rechten in das Hypothekenbuch eingetragen war, ausgeführt und an zwei Stellen — S. 433. und 435. — auf diese gleichen Rechte beider Theile das Gewicht gelegt worden.

2. Dagegen folgt aus dem Grundsatze des §. 53., „wonach aus der Immobiliar-Kaufgeldermasse die hypothekarisch versicherten Forderungen in der durch die Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmten Rangordnung

zur Perception kommen," daß eingetragene fortlaufende Hebungen, welche nicht zu gleichen Rechten mit anderen Forderungen, sondern mit dem Vorzugsrechte vor solchen eingetragen worden sind, so oft sie fällig werden, voll aus der noch vorhandenen Masse berichtigt werden müssen, also der, nach Berichtigung der vor ihnen eingetragenen Forderungen übrig gebliebene, Kaufgelderbestand, auch wenn er nicht das für sie in Gemäßheit des §. 62. nach dem Satze zu vier vom Hundert zu berechnende Capital erreicht, mit den davon aufgelaufenen Zinsen zur vollen Berichtigung der jährlich fällig werdenden Hebungen verwendet werden muß, bis er entweder erschöpft ist, oder die fortlaufenden Hebungen ihre Endschaft erreichen.

Der §. 398. bestimmt nichts Anderes. Er hat zunächst gar nicht vor Augen, daß der, nach Berichtigung der vor der fortlaufenden Hebung eingetragenen Forderungen noch vorhandene, Bestand zur Deckung eines nach dem Zinsfuße von vier vom Hundert zu berechnenden Capitales unzureichend sei. Ist dies aber der Fall, so bleibt doch in dem letzten Absatze:

> so oft die Zinsen zur Berichtigung der Hebungsbeträge nicht hinreichen, wird der fehlende Betrag aus dem Capital entnommen,

die Bedeutung des Wortes „Hebungsbeträge" dieselbe, nämlich die jährlich fällig werdende berechtigte Hebung, und dies ist der an sich dem Hebungsberechtigten zustehende Betrag, welcher nur, wenn damit eine an derselben Stelle anzusetzende Forderung concurrirt und die Masse nicht zur vollständigen Tilgung Beider hinreicht, nach dem §. 61. eine Ermäßigung erleiden muß. Weil eine in das Hypothekenbuch eingetragene fortlaufende Hebung in der Regel nach der im §. 53. anerkannten Rangordnung des Hypotheken-

buches für die Immobiliarmasse ihre besondere Stelle und der §. 398. nicht die Bestimmung hat, für die seltenen Fälle, wo sie mit anderen eingetragenen Forderungen nach dem §. 61. an derselben Stelle angesetzt werden mußte, eine Entscheidung zu treffen, welche sich aus diesem §. 61. von selbst ergiebt, dagegen bei der Concursmasse jede gegen dieselbe liquidirte fortlaufende Hebung mit sämmtlichen anderen nicht privilegirten Forderungen nach den §§. 82. 85. gleiche Rechte hat, so erklärt sich hieraus die Verschiedenheit des in den §§. 398. und 251. gewählten Ausdruckes, und zwar im §. 398. für die Immobiliarmasse:

So oft die Zinsen zur Berichtigung der Hebungsbeträge nicht hinreichen, wird der fehlende Betrag aus dem Capitale entnommen;

und im §. 251. für die Concursmasse:

So oft die Zinsen zur Berichtigung der dem angelegten Capitale entsprechenden Hebungsbeträge nicht hinreichen, wird der fehlende Betrag aus dem Capitale entnommen;

und diese Verschiedenheit findet sich schon in dem Entwurfe zwischen dem §. 393. und dem §. 245., aus welchem nur, wie schon gedacht, das Wort „angesetzten" in den §. 251. der Concurs-Ordnung verbessert in „angelegten" übergegangen ist. Es entspricht dieser Unterschied in dem gewählten Ausdrucke dem, daß auch in den Motiven S. 142., übereinstimmend mit der vorstehenden Ausführung, gesagt worden ist:

„Hinsichtlich der Behandlung der noch nicht fälligen und der bedingten Forderungen, sowie der Ansprüche auf fortlaufende Hebungen bringt der Entwurf (§§ 391.—393.) im Allgemeinen die Grundsätze zur Anwendung, welche für die Vertheilung an die Concursgläubiger aufgestellt worden

sind. (§§. 243. bis 245.). Jedoch bedurfte es hierbei einiger Modificationen. Während nämlich bei den Vertheilungen an die Concursgläubiger die Rücksicht vorherrscht, daß die Rechte der Gläubiger gleich sind und Vorrechte nur die Ausnahme bilden, ist bei den Realgläubigern das Verhältniß umgekehrt; bei diesen bildet die prioritätische Rangordnung die Regel."

Nach dem Allen ist die durch die Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmte Rangordnung der eingetragenen Forderungen im §. 398. aufrecht gehalten worden, wonach jede, nicht zu gleichen Rechten mit anderen Forderungen eingetragene, fortlaufende Hebung aus dem nach dem §. 62. für sie angelegten Capitale und den davon auflaufenden Zinsen, so oft sie fällig wird, voll ausgezahlt werden muß, bis sie ihre Endschaft erreicht, oder bis, auch wenn für sie wegen unzureichender Masse nicht mehr ein nach dem Satze zu vier vom Hundert berechnetes Capital hat voll angelegt werden können, das für sie wirklich angelegte Capital erschöpft worden ist. Die hinter ihr eingetragenen Forderungen können dem nicht widersprechen, weil sie von der vorhandenen Masse nichts beanspruchen können, bevor aus derselben die vor ihnen eingetragenen Posten völlig berichtigt sind. Alles dies folgt mit Nothwendigkeit aus der prioritätischen Rangordnung der eingetragenen Posten. Im vorliegenden Falle ist der Werth der jährlichen Hebungen der Verklagten auf 258. Thlr. 20. Sgr. festgestellt. Das für sie zu dem Satze von vier vom Hundert berechnete Capital beträgt 6466. Thlr. 20. Sgr. Die nach Berichtigung der voreingetragenen Posten übrig gebliebene Masse beläuft sich aber nur auf 1674. Thlr. 22. Sgr. Zu gleichen Rechten mit den Verklagten ist Niemand, Kläger aber ist hinter ihnen mit einem Capitale eingetragen. Er

kann also nach den in der Concurs-Ordnung festgehaltenen Grundsätzen dem nicht widersprechen, daß den Verklagten aus der zu ihrer Deckung noch vorhandenen Masse, den 1674. Thlr. 22. Sgr. nebst davon auflaufenden Zinsen, ihre jährlich fällig werdende Hebung von 258. Thlrn. 20. Sgr. voll ausbezahlt werde.

Der §. 398. der Concurs-Ordnung ist im §. 116. der Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869. außer Kraft gesetzt. In Verbindung mit dem §. 60. der letzteren bestimmt aber der §. 77. eben derselben über die prioritätische Berichtigung in das Hypothekenbuch eingetragener laufender Hebungen dasselbe, was hierüber der §. 398. der Concurs-Ordnung bestimmte. Der Appellations-Richter hat hiernach die §§. 77. 115. der Subhastations-Ordnung und die §§. 398. 251. 62. 85. der Concurs-Ordnung nicht verletzt.

III.

Präjudicien.

a) in Civilsachen.

№ 2762. S. S. 493. des 64.sten Bandes, und S. 183. des gegenwärtigen Bandes.

№ 2763. S. S. 493. des 64.sten Bandes und S. 1. des gegenwärtigen Bandes.

b) des Senats für Strafsachen.

№ 322. 5. Juni 1871. Plenum. Zum Strafgesetz-Buche für den Norddeutschen Bund §§. 267. 268. und zum Gesetze vom 3. Mai 1852. Art. 82.

Im Falle des §. 267. des Strafgesetz-Buches für den Norddeutschen Bund begründet es keine

Richtigkeit, wenn die Frage, ob eine Privaturkunde zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit sei; den Geschwornen zur Beantwortung vorgelegt wird. Hierdurch wird selbstverständlich die Frage nicht berührt, in wiefern im einzelnen Falle die Ersetzung der gedachten Worte des Gesetzes, durch allgemein verständliche Ausdrücke, welche der concreten Sachlage entsprechen, mit Rücksicht auf den Art. 82. des Gesetzes vom 3. Mai 1852. angemessen oder nothwendig ist.

№ 323. 3. Juli 1871. Plenum. Zum Preußischen Straf-gesetz-Buch §. 272. und zum Deutschen Strafgesetz-Buche §. 137.

Wenn im Wege der Execution eine Forderung durch Erlassung des Arrestatoriums an den Drittschuldner und des Inhibitoriums an den Exequendus mit Beschlag belegt ist, so wird die Forderung dadurch der Beschlagnahme im Sinne des §. 272. des Preußischen Strafgesetz-Buchs und des §. 137. des Deutschen Strafgesetz Buchs nicht entzogen, daß der Exequendus von seinem Schuldner den Betrag der Forderung als Zahlung annimmt.

№ 324. 3. Juli 1871. Plenum. Zum Preußischen Strafgesetz-Buche §. 269. und zum Deutschen Strafgesetz-Buche §. 287.

Als Firma eines Kaufmannes im Sinne des §. 269. des Preußischen (§. 287. des Deutschen) Strafgesetz-Buches ist nur eine den Vorschriften des Deutschen Handelsgesetz-Buches entsprechende Firma anzusehen.

IV.

Anhang.

Personal-Chronik des Obertribunals.

(s. Band 60. S. 480.)

I.

Die einfache Anzeige der bei dem Königl. Obertribunal eingetretenen Personalveränderungen, wie sie an dieser Stelle zeitweise gegeben wird, ist schon einmal durch die im 21. Bande der Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofes enthaltene Mittheilung von dem im Jahre 1851. eingetretenen Amtsjubiläum des damaligen ersten Präsidenten, Staatsministers v. Mühler, zu dem Berichte über eine erhebende Feier erweitert worden. Nach Verlauf von 20. Jahren hat sich ein solches erfreuliches Ereigniß wiederholt, indem der gegenwärtige Chefpräsident des Obertribunals, Herr Carl Albrecht Alexander v. Uhden, am 4. September dieses Jahres das fünfzigste Jahr seiner amtlichen Thätigkeit vollendete. Wir beginnen unsere Anzeige mit einer kurzen Erzählung vom Lebenslaufe des Herrn Jubilars.

Geboren in Berlin am 9. October 1798., verlor derselbe schon im Jahre 1806. seinen Vater, den Justirath und Rechtsanwalt (Justizcommissarius) Uhden, und erhielt zum Vormunde den erst im Jahre 1840. gestorbenen in weiten Kreisen bekannt gewordenen Wirkl. Geheimen Rath v. Stägemann. Auf dem Gymnasium zum

grauen Kloster in Berlin vorgebildet, bezog er die Universität Heidelberg zu Ostern 1818., und von Michaelis 1819. an die Berliner Hochschule. Am 4. September 1821., an welchem Tage er als Auscultator bei dem Königl. Stadtgerichte zu Berlin vereidigt wurde, trat er in den Staatsdienst; am 23. October 1826. wurde er Kammergerichts-Assessor und hatte die hohe Freude, daß das Andenken seines Vaters, der einer der geachtesten Männer seines Standes gewesen war, bei den älteren Richtern noch fortlebte, indem bei seiner Einführung der Präsident v. Trützschler ihn als den Sohn „unseres verstorbenen würdigen Justizrathes Uhden" vorstellte. Am 18. Mai 1827. zum Justizrathe bei dem Berliner Stadtgerichte, d. h. damals zum Mitgliede des Gerichtes, am 6. April 1833. zum Kammergerichtsrathe befördert, wurde er am 11. Februar 1838. zugleich Geheimer Postrath, am 18. August 1838. Geheimer Justizrath und zur Hülfsleistung im Königl. Cabinet berufen, am 21. August 1840. Cabinets-Rath, 1844. Geheimer Cabinets-Rath, und am 25. September 1844. Geheimer Staats- und Justiz-Minister. Am 18. März 1848. trat er, wie das ganze Staatsministerium, zurück; wurde am 7. December 1849. erster Präsident des Appellations-Gerichtes zu Breslau, 1. November 1854. erster Präsident des Obertribunals, am 27. November 1854. Mitglied des Herrenhauses und Kronsyndicus. Außerdem ist derselbe noch Mitglied des Staatsrathes und Präsident des Disciplinarhofes für nicht richterliche Beamte. Von hohen Preußischen Orden hat er erhalten: 1861. das Großcomthurkreuz des Königl. Haus-Ordens von Hohenzollern, 1864. das Groß-Kreuz des Rothen Adler-Ordens mit Eichenlaub; 1871. beim Einzuge des siegreichen Kaisers und Königs in Berlin, vor dem eben feierlich enthüllten Standbilde weiland Königs

Friedrich Wilhelm III., den Stern der Groß-Comthure des Königl. Hausordens von Hohenzollern.

Der Herr Jubilar hatte vor dem 4. September Berlin verlassen und sich nach Paderborn begeben, um seinen Ehrentag dort im Hause seiner Tochter zu feiern. Aber schon vor der Abreise hatte J. M. die Königin Elisabeth den Jubilar nach Sanssouci zu befehlen geruht und denselben in gnädigen Worten mit einem vorzüglich ähnlichen (Brustbild in Oel) Portrait des Hochseligen Königs Friedrich Wilhelm IV. beschenkt.

In Paderborn hatten sich einige Verwandte Uhden's eingefunden; am Morgen des Festtages überreichte ihm sein Schwiegersohn, (der erste Präsident des Königl. Appellations-Gerichtes zu Paderborn, Meyer,) im Familienkreise zuerst ein Allerhöchstes Handschreiben Sr. Majestät des Königs, in welchem der Allergnädigste Herr in den huldvollsten Ausdrücken Glück zum Feste wünschte und dem Jubilar, in Anerkennung seiner langjährigen ersprießlichen Amtswirksamkeit, den hohen Orden vom Schwarzen Adler, unter Uebersendung der Insignien dieser höchsten Auszeichnung des Preußischen Staates, zu verleihen geruhte. Der Herr Justizminister hatte ein in sehr ehrenden Ausdrücken abgefaßtes Glückwunschschreiben beigefügt. Danach folgte die Ueberreichung von bereits eingegangenen Adressen und Briefen, deren Zahl sich im Laufe des Tages erheblich vermehrte. Unter den telegraphischen Glückwünschen wurde der Jubilar besonders erfreut durch die Telegramme J. M. der Königin Elisabeth, JJ. KK. HH. des Prinzen Carl und der Prinzessin Carl von Preußen und des regierenden Herzogs von Sachsen-Altenburg Hoheit.

Am andern Tage nach Berlin zurückgekehrt, fand der Präsident von Uhden — (bekanntlich ist mit der Verleihung

des hohen Ordens vom Schwarzen Adler die Erhebung in den Adelstand des Königreiches Preußen verbunden) — dort eine große Anzahl von Adressen, Briefen und Telegrammen vor, und wurde durch einen telegraphischen Glückwunsch Sr. K. Hoheit des Prinzen Albrecht von Preußen noch in später Stunde hoch erfreut. Unter den Adressen nennen wir die des Königl. Kammer-Gerichtes, der Appellations-Gerichte zu Frankfurt a. O., Marienwerder, Insterburg, Ratibor, Breslau, Glogau, Stettin, Posen, Naumburg, Halberstadt, Münster und Cöln; ferner die des Reichs-Oberhandelsgerichtes zu Leipzig, des hiesigen Ober-Appellationsgerichtes (für die neuen Provinzen), des Königl. Stadtgerichtes hierselbst, bei welchem der Jubilar seine Amtsthätigkeit begonnen, und der beim Obertribunal fungirenden Rechtsanwälte. Mehrere dieser Adressen waren in höchst gefälliger, ja schöner Form ausgeführt, die der Rechtsanwälte ein wahres Kunstwerk.

Auch J. Maj. die Kaiserin und Königin ließen den Jubilar in sehr huldvoller Weise zu seinem Ehrentage Glück wünschen.

Die Präsidenten und Räthe des Obertribunals und die General-Staatsanwaltschaft hatten dem Jubilar das Ansuchen gestellt, ihm bei seiner Rückkehr ihre Glückwünsche auszusprechen. Dazu war Sonnabend, der 9. September verabredet worden. Um 2 Uhr erschienen die Vice-Präsidenten, die Räthe, der General-Staatsanwalt nebst den Ober-Staats-Anwalten und die Obertribunals-Anwälte, soweit sie in Berlin anwesend und nicht erkrankt waren. Der Vice-Präsident, Wirkl. Geh. Rath Dr. Götze sagte in seiner Ansprache ungefähr Folgendes:

„Je höher und gewichtiger die Stellung eines Mannes und Königlichen Beamten sei und je hervorragender seine amtliche Laufbahn gewesen, um so bedeutsamer sei

eine Feier, wie die heutige. Der Jubilar sei, durch das besondere Vertrauen zweier unserer Königlichen Herren, nach und nach zu den ausgezeichnetsten und persönlich nächsten, und dann hintereinander zu den beiden allerhöchsten Stellungen im Königlichen Justizdienste berufen worden, und daß unser jetzige Allergnädigster Herr, Se. Majestät der Kaiser und König, in gleicher Weise dieses selbe große Vertrauen dem Jubilar zuwende, das habe Allerhöchstderselbe noch neuerlich, bei feierlicher Gelegenheit, öffentlich mündlich, so wie schriftlich und durch die That ausgesprochen, ganz besonders jetzt aber durch die glanzvolle höchste Auszeichnung klar an den Tag gelegt."

„Das Ober-Tribunal und die Mitglieder der General-Staats-Anwaltschaft brächten dem Herrn Jubilar zu seinem fünfzigjährigen Dienstjubiläum auch mündlich die Glück- und Segenswünsche dar, welche in einer besonderen schriftlichen Adresse niedergelegt seien, und jeder Einzelne statte zugleich seinen Dank ab, für die große Güte und Gewogenheit, die der Jubilar Allen und Jedem bei jeder Gelegenheit zu erweisen nie ermüdet sei. Er spreche diesen Dank auch im Namen des Collegiums aus, für den lebhaften, unermüdlichen und treuen Eifer, mit welchem der Gefeierte zu allen Zeiten für die Rechte und für das Gedeihen dieses höchsten Gerichtshofes eingetreten sei. Er spreche endlich im Interesse des Justizdienstes den lebhaftesten Dank auch dafür aus, daß der größte Theil der alten Provinzen das Proceßgesetz vom Juli 1846. durch die Richtung und Thätigkeit des Uhden'schen Ministeriums erhalten habe. Das Gesetz sei der Gedanke und Vorschlag des damaligen Justizministers gewesen und bei großen Schwierigkeiten durch seine Festigkeit durchgesetzt. Es habe dieses Gesetz, wie für die ganze Proceß-Verwaltung, so namentlich auch

für die des Königlichen Ober-Tribunals, wie ja jetzt in jenen Provinzen allgemein anerkannt werde, die erwünschteste Reform herbeigeführt."

Danach erklärte der Redner: „Es sei der Wunsch des Collegiums, daß das Andenken an von Uhdens Präsidium im Collegio zu allen Zeiten erhalten werde, und deshalb habe Letzteres, seine Erlaubniß im Voraus schon dazu erbeten, daß sein Bildniß im Sessionssaale aufgehängt werden dürfe. Jetzt beehrten sich die Mitglieder des Königl. Ober-Tribunals, nebst einer ehrerbietigen Adresse auch das vollendete Bild mit der erneuerten Bitte zu überreichen über dasselbe zu jenem Zwecke verfügen zu wollen. Sie würden noch ein zweites Exemplar des Bildes, von derselben Künstlerhand, dem Jubilar überreichen, damit er darüber zu Gunsten seiner Familie disponiren könne."

Die Ansprache schloß in folgender Weise:

„Der Jubilar habe in seiner ausgezeichneten und langen amtlichen Laufbahn viele sehr schöne, im späteren Verlaufe derselben immer höchst bedeutungsvolle Zeiten erlebt, sei aber in böser Zeit auch nicht von schweren Erlebnissen verschont geblieben. Für diese letzteren habe des hochseligen Königs Majestät die vollständigste und schönste Vergeltung in der Stellung gefunden, deren er sich jetzt erfreue."

Dann folgte der Wunsch:

„Gott, der Herr, möge den Jubilar noch lange Jahre in dieser schönen Stellung gesund und bei rüstiger Kraft erhalten und sein Alter mit vielen reichen Gnadenerweisungen krönen und segnen."

Während dieser Anrede war die in derselben erwähnte Glückwunsch-Adresse übergeben und das von der Meisterhand des Professors Julius Schrader gemalte Brustbild des Jubilars aufgestellt worden. Der Präsident von Uhden

dankte nunmehr, sichtlich tief bewegt, für die treuen Wünsche, dem Redner sowohl, als jedem Einzelnen der Versammelten, besonders aber für die Ehre der Aufstellung seines Bildes im Sessionssaale.

„Er könne," sagte er, „feierlich versichern, daß alle ihm zu Theil gewordenen Auszeichnungen, die vielen Beweise der Liebe, ihn recht demüthig gemacht hätten; jede Ueberhebung sei ihm fremd, nur Gott könne er die Ehre geben, der, wenn er selbst irgend etwas Ersprießliches geleistet, auch in ihm, dem Schwachen, mächtig gewesen sei. Alles eigene Verdienst lehne er ab."

Der Jubilar drückte hierauf noch jedem Einzelnen in der zahlreichen Versammlung mit der ihm so ganz eigenen Freundlichkeit seinen Dank aus und forderte sie demnächst auf, seiner (schon vor mehreren Tagen erfolgten) Einladung zu der (mit dem bescheidenen Namen eines Frühstückes bezeichneten) Mahlzeit zu entsprechen. Derselben waren auch der Herr Justiz-Minister Dr. Leonhardt, sowie der erste Präsident des Kammergerichtes, Wirkl. Geheimerath von Strampff gefolgt, ebenso der Vice-Präsident des Ober-Appellations-Gerichtes Oberg, der Präsident des Königl. Stadtgerichtes, hier, Krüger, und noch andere Gäste.

Es wurden folgende Toaste ausgebracht: vom Jubilar auf Se. Maj. den Kaiser und König; vom Herrn Justiz-Minister auf den Jubilar; vom Jubilar auf das Collegium, endlich vom Herrn Justiz-Minister auf die sämmtlichen anwesenden sieben Jubilare des Ober-Tribunals.

Das schöne Fest, an welchem auch Mitglieder der Familie des Jubilars Theil nahmen, namentlich der Sohn, Premier-Lieutenant von Uhden, schloß in der erhebendsten Weise.

II.

Dem Vice=Präsidenten Herrn Dr. v. Rohr ist aus Anlaß seines am 25. April 1871. statt gefundenen Amts=Jubiläums mittelst Allerh. Cabinets=Order vom 12. April 1871. der Charakter als Wirklicher Geheimer Rath mit dem Prädicate „Excellenz" verliehen worden.

Auf ihr Ansuchen sind in den Ruhestand versetzt worden: die Herren Ober=Tribunals=Räthe Dr. Voswinckel I. am 1. Juli 1870., und Woltemas am 1. Juli 1871.

Die Herren Ober=Tribunals=Räthe Kosmann, Schmitz, v. Vangerow und Hoffmann sind zu Mitgliedern des Bundes=Ober=Handelsgerichtes in Leipzig ernannt worden und mit dem 21. Juli 1870., imgleichen der zum General=Procurator beim Appellations=Gerichtshofe in Cöln ernannte Ober=Tribunals=Rath Herr Dr. Freiherr v. Seckendorff mit dem 1. Mai 1871. bei dem Ober=Tribunal ausgeschieden.

Durch den Tod hat das Collegium in diesem Zeitraume folgende Verluste erlitten. Es sind gestorben: die Herren Ober=Tribunals=Räthe Dr. Hoepner am 24. August 1869.; Dr. Waldeck am 12. Mai 1870.; Blumenthal am 7. Juni 1870.; Lehmann am 24. September 1870.; Bartels am 22. October 1870.; Hübner am 26. Juni 1871., und v. Holleben I. am 30. November 1871.

Neu ernannt sind:

der General=Staats=Anwalt, Wirkliche Geheime Ober=Justiz=Rath Herr v. Jagersleben am 3. Juli 1869. zum Vice=Präsidenten;

und zu Ober=Tribunals=Räthen:

der Kreisgerichts=Director in Stargard i. P., Herr Hartmann, am 13. November 1869.;

der Appellations-Gerichts-Rath in Ratibor, Herr Werner, am 9. Juni 1870.;

der Ober-Staats-Anwalt in Marienwerder, Herr v. Graevenitz, am 11. Juni 1870.;

der Appellations-Gerichts-Rath in Breslau, Herr Krüger, am 13. Juni 1870.;

der Appellations-Gerichts-Rath in Posen, Herr Scholz, am 15. Juni 1870.;

der Kammergerichts-Rath Herr Lesser, am 1. September 1870.;

der Appellationsgerichts-Rath in Marienwerder, Herr Rappold, am 5. September 1870.;

der Ober-Procurator in Düsseldorf, Herr Vierhaus, am 31. October 1870.;

der Tribunals-Rath in Königsberg i. Pr., Herr Dr. Küßner, am 2. Januar 1871.;

der Kammergerichts-Rath Herr Mager, am 15. April 1871.;

der Kreisgerichts-Director in Neu-Ruppin, Herr v. Kunowski, am 11. October 1871., und

der Tribunals-Rath in Königsberg i. Pr., Herr Hahn, am 11. October 1871.

Der Rechtsanwalt, Justiz-Rath Herr Simens, ist am 1. Juli 1869., der Rechtsanwalt, Justiz-Rath Herr Ißmer, am 1. April 1870. und der Rechtsanwalt, Geheime Justiz-Rath Herr Reusche, am 1. Mai 1871. aus dem Justizdienste geschieden.

Der Rechtsanwalt, Justiz-Rath Herr Karsten, ist zum Rechtsanwalte beim hiesigen Stadtgerichte vom 1. März

1870. ab ernannt worden und beim Ober=Tribunale ausgeschieden.

Der Rechtsanwalt, Justiz=Rath Herr Rödenbeck, ist am 23. Mai 1871. gestorben.

Die Rechtsanwälte beim Kgl. Ober=Appellations=Gerichte hierselbst, Herr Justiz=Rath Dr. Braun, Herr Dr. Werenberg, Herr Dr. Lüntzel, Herr Fenner und Herr Johannsen sind mit dem 1. Mai 1869. an das Ober=Tribunal versetzt worden.

Register.

I. Sachregister.

II. Verzeichniß der erläuterten oder zur Anwendung gebrachten Gesetze und Verordnungen.

Allgemeines Landrecht.

Theil I.

Theil II.

Einzelne Gesetze, Verordnungen u. s. w., nach der Zeitfolge geordnet.

Jahr.	Tag.	
1839.	7. April.	Instruction zur Ausführung der Verordnung vom 14. December 1833. Nr. 35. . . S. 399.
1842.	31. December.	Gesetz, betreffend die Verpflichtung zur Armenpflege. §§. 1. 3. 4. 12. 20. . . S. 350. §§. 4. 33. 34. . . . . . S. 346.
—	—	Gesetz über die Aufnahme neuanziehender Personen. §. 4. . . . . S. 358.
1843.	5. März.	Verordnung über die Ausübung der Waldstreu-Berechtigungen. §. 1. . . . . . . S. 141.
1844.	21. Juni.	Allerh. Cabinets-Order, betr. die Befreiung der Kauf- und Tauschverhandlungen theilender Erben vom Werthstempel . . . . S. 264.
—	28. Juni.	Verordnung über das Verfahren in Ehesachen. §. 10 ff. . . . . S. 140.
1845.	3. Januar.	Gesetz, betr. die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen S. 126.
—	11. Juli.	Gesetz wegen Aufhebung der in Schlesien geltenden besonderen Rechte über die ehelichen Güterverhältnisse und die gesetzliche Erbfolge. §§. 1. 4. 7. 8. . . . . S. 316.
1846.	21. Juli.	Verordnung über den Civilproceß. §. 23. S. 370.
1847.	23. Juli.	Gesetz über die Verhältnisse der Juden. §. 35. 37. 51. 59. . . . . S. 448.
—	1. November.	Feldpolizei-Ordnung. §§. 4. 5. 8. 9. 11 ff. S. 86.
1850.	2. März.	Gesetz über die Ablösung der Reallasten rc. §. 2. Nr. 2. . . . . S. 243. §§. 6. 91. . . . . S. 126. §. 87. . . . . S. 184.
—	7. März.	Jagdpolizei-Gesetz. §. 2. . . . . S. 342.
—	11. März.	Gesetz über die Polizeiverwaltung. §§. 2. 3. S. 1.
—	—	Gemeinde-Ordnung. §§. 58. 61. . . S. 1.
1851.	10. Mai.	Gesetz, betr. den Ansatz und die Erhebung der Gerichtskosten. §. 15. . . . . . S. 125.
1853.	24. Mai.	Ergänzungsgesetz zu dem Gesetze vom 3. Januar 1845. betr. die Parcellirungen und neuen Ansiedelungen. §. 2. . . . . S. 30.
1854.	24. April.	Gesetz, betr. die Abänderungen des Abschnittes 11. Tit. 1. Thl. II. des A. L.-R. §§. 23. 12. 13 ff. S. 154.
—	9. Mai.	Gesetz, betr. die Abänderung des Gesetzes über die Gerichtskosten vom 10. Mai 1851. Art. 1. S. 125.
1855.	21. Mai.	Ergänzungsgesetz zu dem Gesetze über die Armenpflege vom 31. December 1842. Art. 1. . . . . S. 18. Art. 13. . . . . S. 358.
1856.	14. April.	Gesetz, betr. die Abänderungen des Strafgesetz-Buches zu §. 347. Nr. 10. . . . S. 45.
1861.	8. April.	Plenar-Beschluß des Ober-Tribunals, betr. die Be-

Berichtigungen.

S. 4. Z. 11. v. u. l. wörtlichen statt: wirklichen.
S. 61. Z. 15. l. am statt: vom.
S. 107. Z. 7. l. ad statt: 5.
S. 206. Z. 11. l. 1692. statt: 1682.
S. 210. Z. 6. ist zu lesen: Residenz — bestanden.
S. 235. Z. 8. v. u. ist das Zeichen " hinter bezahlen" zu setzen, statt: hinter vereinigen.
S. 257. Z. 5. v. u. l. §. 343.
S. 285. Z. 5. v. u. ist das erste (zu streichen.
S. 286. Z. 14. v. u. ist am Schlusse ein) zu setzen.
S. 287. Z. 10. v. u. l. Tit. 21. Th. I. des A. L.-R. statt l. c.
S. 305. Z. 2. l. Rubr. II.
S. 320. Z. 11. v. u. l. behandeln.
S. 351. Z. 5. v. u. l. entgegengesetzt statt: erhoben.

Preßpolizeilich verantwortlich: Otto Loewenstein in Berlin.

Druck von F. Hoffschläger in Berlin.

Druck von F. Hoffschläger in Berlin.

H. C. FÖRSTER
kgl. Buchbinder
Galanterie u. Etuisarbeiter
in München.

Digitized by Google